

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**MEDIDAS ESTATAIS E ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE:
A APLICAÇÃO CONJUGADA DOS ARTIGOS 102.º E 106.º, N.º 1, DO TFUE**

ANA MARIA NASCIMENTO CALDAS LINS

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-FINANCEIRAS

2018

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**MEDIDAS ESTATAIS E ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE:
A APLICAÇÃO CONJUGADA DOS ARTIGOS 102.º E 106.º, N.º 1, DO TFUE**

ANA MARIA NASCIMENTO CALDAS LINS

Dissertação de Mestrado orientada pelo
Professor Doutor Miguel Moura e Silva

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-FINANCEIRAS

2018

A minha família e aos meus amigos por todo o carinho e apoio nesta caminhada. Um especial agradecimento ao Prof. Doutor Miguel Moura e Silva pela orientação e conhecimentos transmitidos.

RESUMO

O propósito deste trabalho é examinar a aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, ambos do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Conforme o n.º 1 do artigo 106.º, os Estados-Membros, no que respeita às empresas públicas e às empresas detentoras de direitos especiais ou exclusivos, não tomarão nem manterão medidas, mesmo de natureza legislativa ou regulamentar, suscetíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência, em especial, a proibição do abuso de posição dominante. O artigo 102.º do TFUE proíbe a exploração abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Assim sendo, um Estado-Membro viola as proibições estabelecidas na aplicação conjugada destas disposições, quando adota uma medida que cria uma situação em que uma empresa pública ou uma empresa à qual conferiu direitos especiais ou exclusivos seja levada, pelo exercício destes direitos, a explorar a sua posição dominante de modo abusivo, ou quando esses direitos possam criar uma situação em que essa empresa seja levada a cometer esses abusos. Com o estudo pretende-se, com base na jurisprudência europeia e, em especial, no acórdão Comissão/*DEI*, analisar os pressupostos da aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE, nos casos de extensão da posição dominante tornada possível por uma medida estatal e a preservação do efeito útil desta aplicação conjugada. Por fim, tenciona-se comparar a abordagem dos abusos de exclusão, especialmente, a recusa de fornecimento por parte de empresas em posição dominante (aplicação autónoma do artigo 102.º do TFUE), em contraponto à interpretação dos efeitos anticoncorrenciais das medidas estatais em empresas públicas e empresas detentoras de direito exclusivos ou especiais em mercados conexos (aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE).

Palavras-chave: medidas estatais; abuso de posição dominante; Artigo 106.º do TFUE; artigo 102.º do TFUE.

ABSTRACT

The purpose of this essay is to analyse the combined application of Articles 102 and 106 (1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). According to Article 106 (1), Member States are not to enact or maintain in force, in the case of public undertakings and the undertakings to which they grant special or exclusive rights, measures, even a legislative or regulatory nature, capable of eliminating the effectiveness of competition rules, with regard the prohibition of abuse of dominant position. It is prohibited by Article 102 the abuse of a dominant position within the internal market or in a substantial part thereof. Therefore, a Member State is in breach of the prohibitions laid down the combined application of those provisions if it adopts any law, regulation or administrative provision that creates a situation in which a public undertaking or an undertaking on which it has conferred special or exclusive rights, merely by exercising the preferential rights conferred upon it, is led to abuse its dominant position or when those rights are liable to create a situation in which that undertaking is led to commit such abuses. It is intended, with reference to the European case-law, in particular, the case *Commission v. DEI*, review the assumptions of the combined application of Articles 102 and 106 (1) TFEU in cases of extension of the dominant position made possible by a state measure and the preserve *effet utile* of the combined application. Finally, it is envisioned to compare the interpretation of exclusionary abuses, particularly, the refusal to provide services by the dominant undertaking (Article 102 TFEU), as opposed to the interpretation of anticompetitive consequence that might result from a State measure imposed to public undertaking or privileged undertaking (combined application of Articles 102 and 106 (1) TFEU).

Keywords: State measures; abuse of dominant position; Article 106 TFEU; Article 102 TFEU.

ABREVIATURAS

AdC – Autoridade da Concorrência

AUE – Ato Único Europeu

CE – Comunidade Europeia

CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

CEE – Comunidade Económica Europeia

CEEA – Comunidade Europeia da Energia Atómica

CRP – Constituição da República Portuguesa

DEI – Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE

EPE – Entidades Públicas Empresariais

JAI – Justiça e Assuntos Internos

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

PESC – Política Externa e de Segurança Comum

RJC – Regime Jurídico da Concorrência

SIEG – Serviços de Interesse Económico Geral

TCRS – Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TG – Tribunal Geral

TJ – Tribunal de Justiça

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
-------------------------	----------

PARTE I *O ARTIGO 106.º DO TFUE*

1	CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	4
1.1	A tutela da concorrência no ordenamento jurídico português	6
1.2	A integração europeia: da Declaração Schuman até aos dias atuais.....	9
1.3	As regras de concorrência da União Europeia.....	14
2	FUNDAMENTOS E NOÇÕES ELEMENTARES.....	17
2.1	A razão de ser do artigo 106.º, n.º 1, do TFUE.....	20
2.2	Destinatários	24
2.3	Noções elementares	26
2.3.1	Empresas públicas	28
2.3.2	Direitos especiais ou exclusivos	30
2.3.3	Medidas estatais.....	33
3	INTEGRAÇÃO ECONÓMICA E OS ESTADOS-MEMBROS.....	39
3.1	Construção do mercado interno e a liberalização dos mercados	41
3.2	Responsabilidade particular dos Estados-Membros	46

PARTE II *O ARTIGO 102.º DO TFUE*

4	POSIÇÃO DOMINANTE.....	50
4.1	A existência de uma posição dominante.....	52
4.2	Delimitação do mercado relevante e o poder de mercado	54
4.3	Especial responsabilidade das empresas em posição dominante.....	58
5	ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE	60
5.1	Metodologia de análise das condutas	61
5.2	Práticas abusivas	63
5.2.1	Abusos por exclusão	66
5.2.2	Recusa de fornecimento de bens e serviços.....	68
5.3	Justificação objetiva e ganhos de eficiência	71

PARTE III
A APLICAÇÃO CONJUGADA DOS ARTIGOS 102.º E 106.º, N.º 1, DO TFUE

6	ATUAÇÃO DA COMISSÃO EUROPEIA	75
6.1	Poderes no âmbito do n.º 3 do artigo 106.º do TFUE.....	76
6.2	Diretivas.....	78
6.3	Decisões	81
7	CASO COMISSÃO V. DEI.....	85
7.1	Síntese do litígio	85
7.2	Medida estatal e extensão da posição dominante	91
7.3	Efeito anticoncorrencial e conduta abusiva	95
CONCLUSÕES.....		100
BIBLIOGRAFIA		107
a)	<i>Doutrina</i>	<i>107</i>
b)	<i>Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.....</i>	<i>110</i>
c)	<i>Documentos oficiais</i>	<i>113</i>
d)	<i>Legislação</i>	<i>115</i>

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo geral analisar a aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, ambos do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE)¹, em especial, a incumbência dos Estados-Membros de não tomarem ou manterem em vigor medidas, mesmo de natureza legislativa ou regulamentar, suscetíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência, nomeadamente, a proibição do abuso de posição dominante.

Considera-se pertinente, num primeiro momento, tecer considerações gerais sobre os fundamentos da concorrência, para então, recordar as normas de tutela/defesa e promoção da concorrência no ordenamento jurídico português. Ato contínuo, iremos realizar uma breve contextualização acerca da criação das Comunidades Europeias até a atual configuração do direito da concorrência na União Europeia.

Como será visto ao longo do estudo, as normas de concorrência do direito comunitário, instituídas pelo Tratado de Roma, permaneceram, em sua essência, inalteradas ao longo das modificações aos Tratados e estão, atualmente, previstas entre os artigos 101.º e 109.º do TFUE.

Cumprе delimitar negativamente o âmbito das considerações gerais, isto é, não se pretende abordar com exaustão as normas que fazem referência à concorrência, mas, sim, fazer um enquadramento dos regimes jurídicos de defesa da concorrência para uma melhor compreensão das questões que serão levantadas ao longo do estudo.

Além disso, elucidamos que, com o presente trabalho, não se pretende desenvolver os modelos económicos e teóricos acerca da concorrência. Assim iremos utilizar, por considerarmos o mais apropriado, o conceito de concorrência efetiva, como instrumento de eliminação de ineficiências e aumento de produtividade, inovação e bem-estar.

Esclarecemos que, devido à construção metodológica do trabalho, optamos por apresentar primeiro as questões relacionadas ao artigo 106.º do TFUE, para posteriormente abordar os abusos de posição dominante, previstos no artigo 102.º do TFUE, numa clara inversão a ordem numérica do Tratado. Contudo, tal metodologia deve-se a imperiosa tarefa de assinalar as

¹ No decorrer do texto, as referências às atuais normas previstas no direito originário europeu respeitaram a renumeração efetuada pelo Tratado de Lisboa, assim, sempre que possível, serão realizadas as devidas adaptações às transcrições e citações de jurisprudência ou doutrina. As edições aos textos originais serão indicadas entre parênteses retos.

peculiaridades do n.º 1 do artigo 106.º e a utilização desta norma como relevante instrumento no processo de integração europeia e criação do mercado interno.

No *capítulo 2* será pormenorizada a estrutura tripartida do artigo 106.º do TFUE, com especial atenção ao n.º 1 desta norma, do qual pretendemos delinear os seus fundamentos, destinatários e conceitos-chaves, em consonância com o disposto no Tratado e a construção jurisprudencial desenvolvida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)².

Posteriormente, veremos que a integração económica e, por conseguinte, a criação do mercado interno, impõem ao direito primário europeu estabelecer mecanismos integrativos, sejam eles de natureza positiva ou negativa. Estes mecanismos encontram-se prescritos pelos Tratados e dispersos nas normas derivadas europeias. Destacaremos que por força, não só do artigo 106.º, os Estados-Membros devem assumir uma responsabilidade particular, para não distorcer a concorrência, em virtude da influência que as suas medidas podem exercer sobre os comportamentos das empresas públicas e empresas detentoras de direitos exclusivos ou especiais.

Como veremos, resulta da redação do artigo 106.º, n.º 1, do TFUE a impossibilidade de aplicação autónoma, assim para que se possa instituir uma obrigação específica ao Estado-Membro, deve-se sempre fazer a aplicação conjugada com outra regra do Tratado. Isso implica que o n.º 1 do artigo 106.º do TFUE, tenha um conteúdo legal múltiplo, com diferentes esferas de aplicação, entre estas, a do artigo 102.º do TFUE.

Na segunda parte do presente estudo, iremos abordar o artigo 102.º do TFUE, inicialmente, a noção de posição dominante, a delimitação do mercado relevante para o direito comunitário e a definição do poder de mercado, bem como a especial responsabilidade das empresas dominante.

No *capítulo 5*, será revisitada a jurisprudência comunitária sobre abuso de posição dominante, bem como verificada a modernização da metodologia de análise das condutas abusivas por parte das instituições europeias. Para então ser tratado os abusos por exclusão e, em especial, a recusa de fornecimento de bens e serviços.

Na terceira parte, será primeiramente estudada a atuação direta da Comissão Europeia no âmbito do n.º 3 do artigo 106.º do TFUE e a sua competência para dirigir aos Estados-Membros,

² Ao longo do trabalho, as menções às decisões do TJUE dizem respeito à jurisprudência daquela instituição, composta pelo Tribunal de Justiça (TJ) e pelo Tribunal Geral (TG).

quando necessário, diretivas e decisões. Estas considerações serão relevantes para a compreensão do litígio exemplificativo da aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE.

No *capítulo 7*, selecionamos um exemplo de caso, o processo Comissão/*DEI*, decorrente de uma decisão da Comissão de 2008, na qual restou declarado que a concessão e a manutenção de licença exclusiva de extração e de exploração de lenhite pela Grécia eram contrárias ao artigo 106.º, n.º 1, do TFUE, conjugado com o artigo 102.º do TFUE.

Alicerçado neste recente processo, iremos analisar as implicações da aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE, nomeadamente, quando uma medida estatal promove desigualdades de oportunidades entre diferentes operadores económicos e, por consequência, a eliminação da concorrência efetiva num mercado conexo.

Pretendemos, com base na prática decisória das instituições europeias, identificar os pressupostos da teoria da extensão da posição dominante das medidas estatais e o efeito útil da aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE. Iremos, ainda, promover uma análise comparada da abordagem das práticas de exclusão, em especial, a recusa de fornecimento, por parte de empresas em posição dominante (aplicação autónoma do artigo 102.º) em cotejo com o efeito anticoncorrencial das medidas estatais em empresas públicas e empresas detentoras de direito exclusivos ou especiais em mercados conexos (aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE).

Neste sentido, traçamos dois objetivos específicos de análise, quais sejam: *i*) estabelecer os pressupostos da aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE, nos casos de extensão da posição dominante por medida estatal; e *ii*) definir as diferenças da abordagem dos abusos de exclusão, em especial, a recusa de fornecimento, por parte de empresas em posição dominante (aplicação autónoma do artigo 102.º) para a interpretação do efeito anticoncorrencial das medidas estatais em empresas públicas e empresas detentoras de direito exclusivos ou especiais em mercados conexos (aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE).

PARTE I
O ARTIGO 106.º DO TFUE

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Neste primeiro momento, iremos traçar linhas gerais sobre a concorrência, enquanto bem jurídico tutelado, e as suas normas estruturantes de direito interno. Além disso, dirigiremos breves considerações sobre o processo de integração europeia e, por fim, mas não menos importante, as regras de concorrência provenientes do Direito da União.

A Concorrência visa garantir que os agentes económicos, sob a pressão competitiva uns dos outros, atuem de forma independente e através de meios lícitos. Isto é, num mercado equilibrado, as empresas³ baseiam-se nos méritos dos seus produtos ou serviços para atingir um determinado objetivo comercial.

De acordo com WHISH e BAILEY⁴, a partir de uma concorrência efetiva pode-se esperar benefícios como: a promoção de uma eficiência de produção e de alocação de recursos; a redução de preços aos consumidores; o desenvolvimento de novos e melhores produtos; e maior escolha dos consumidores quanto aos produtos que comprem.

Em outras palavras, uma concorrência efetiva proporciona um cenário competitivo às empresas, bem como vantagens aos consumidores, especialmente quanto à qualidade, à variedade e ao preço dos produtos e serviços. Isto decorre porque num mercado de livre concorrência as empresas competem uma com as outras para atrair os consumidores.

Como será visto, a política da concorrência no âmbito da União Europeia adquire um objetivo complementar, àqueles tradicionalmente elencados, uma vez que o direito da concorrência exerce um papel essencial para a concretização e a defesa de um mercado interno único.

³ Recorda-se que a noção de empresa, para efeitos de aplicação do direito da concorrência, deve ser entendida como designando uma unidade económica, mesmo se, numa perspetiva jurídica, essa unidade económica for constituída por várias pessoas, singulares ou coletivas. Cf. Acórdão do TJ (Quarta Secção) de 12.07.1984, *Hydrotherm/Andreoli*, Proc. 170/83, cons. 11; e artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, de 08 de maio.

⁴ WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 8ª Ed. Oxford, Oxford University Press, 2015. p. 19

Como sumarizado por RODRIGUES⁵, o conteúdo económico da ordem pública jusconcorrencial pode ser reduzido em dois princípios diretores: *i*) os agentes económicos empresariais, isto é, as empresas, devem entregar-se empenhadamente a estratégias competitivas que favoreçam a integração dos mercados domésticos num grande mercado interno e promovam a eficiência nas suas múltiplas expressões; e *ii*) os agentes económicos públicos, o Estado em sentido amplo, deve abster-se de introduzir distorções naquela rivalidade.

Neste sentido, as normas de defesa e promoção da concorrência não têm um fim em si mesmas, são, sim, instrumentos para a consecução de um mercado concorrencial em que cada empresa é livre e autónoma na condução dos seus negócios. Isto é, têm por escopo uma economia de mercado e de uma efetiva concorrência, com claros benefícios às empresas, aos consumidores e a sociedade em geral.

A tutela e a promoção da concorrência assumem, assim, a característica de bem público⁶, tendo em conta que o funcionamento eficaz e equilibrado desta é basilar numa economia de mercado, bem como essencial para uma democracia económica.

Destarte, o bem público da concorrência é protegido pela Constituição da República Portuguesa (CRP), assim como pelo direito comunitário originário⁷, que produz efeitos diretos e encontrar-se integrado nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, e.g., no regime jurídico da concorrência.

Desde os primórdios das comunidades europeias, a tutela da concorrência recebe uma atenção especial, visto que a integração económica é um dos principais mecanismos para a construção do mercado comum e, por conseguinte, o início de uma unidade europeia.

As primeiras regras de concorrência com carácter supranacional foram as estabelecidas pelo Tratado que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA ou Tratado de

⁵ RODRIGUES, Eduardo R. Lopes. *Política de Concorrência focada na competitividade e na confiança dos cidadãos – Parte I*, Revista do Ministério Público, nº 113. Jan./Mar. 2008, p. 28

⁶ MATEUS, Abel M. *Sobre os fundamentos do direito e economia da concorrência*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 66, v. III, dez. 2006.

⁷ O direito comunitário originário criou uma ordem jurídica própria, integrada nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, cujos sujeitos são não apenas esses, mas também os seus nacionais. Destarte, segundo a jurisprudência assente do TJ, o direito comunitário produz efeitos imediatos, criando encargos e atribuindo direitos aos particulares. Estes direitos nascem não apenas quando se faz uma atribuição explícita dos mesmos através do Tratado, mas também em razão das obrigações que o mesmo impõe de forma bem definida tanto aos particulares como aos Estados-Membros e às instituições comunitárias. Cf. acórdãos do TJ de 05.02.1963, *Van Gend & Loos*, Proc. 26/62; de 15.07.1964, *Costa*, Proc. 6/64; e de 19.11.1991, *Francovich e o.*, Proc. C-6/90 e C-9/90, cons. 31.

Paris⁸), nomeadamente, em seus artigos 65.º e 66.º, os quais vedavam os acordos entre empresas e previam o controlo de concentrações.

As atuais normas de direito de europeu da concorrência, expressas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) entre os artigos 101.º e 109.º, mantém, fundamentalmente, a estrutura instituída pelo Tratado de Roma, em seus artigos 85.º a 94.º, como será revisitado nos próximos pontos deste capítulo.

Manifesta a importância da promoção/defesa da concorrência, esta resta disciplinada, fundamentalmente, em dois planos, quais sejam: as *normas de direito europeu*, aplicáveis às práticas restritivas da concorrência no mercado interno ou em parte substancial deste; e as *normas de direito interno*, com aplicação limitada aos comportamentos vedados em território nacional. Passamos, assim, a abordar os elementos estruturantes do regime interno.

1.1 A tutela da concorrência no ordenamento jurídico português

A organização económica-social, instituída no plano constitucional português, assenta, especialmente, no princípio da subordinação do poder económico ao poder político democrático; no princípio da coexistência do setor público, do setor privado e do setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; nos princípios da liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista; e no princípio do planeamento democrático do desenvolvimento económico e social.⁹

Ademais, a CRP, em seu artigo 81.º, alínea *f*, define, entre as incumbências prioritárias do Estado no âmbito económico e social, a de “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados¹⁰, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”.

⁸ Assinado em Paris no dia 18 de abril de 1951 e, após ser ratificado pelos Estados participantes, entrou em vigor em 25 de julho de 1952.

⁹ Cf. artigo 80.º, alíneas a), b), c) e e), da CRP.

¹⁰ MOURA E SILVA destaca que “ao se referir ao “funcionamento eficiente dos mercados” o artigo 81.º, al. f) da Constituição tem em vista o conceito de afetação eficiente dos recursos e, com isso, pressupõe que a proteção do bem-estar do consumidor que prevalece sobre eventuais análises positivas quanto ao bem-estar total. MOURA E SILVA, Miguel. *Os fundamentos do direito da concorrência na jurisprudência do Tribunal de Comércio – breves notas*. In. PALMA, Clotilde *et al.* eds., Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Alberto Xavier, Vol. III, Coimbra: Almedina, 2013, p. 563-580.

Destarte, cabe ao legislador infraconstitucional garantir a tutela e a promoção da concorrência, com alicerce nestes princípios fundamentais e no princípio dirigente da atuação do Estado na esfera económica e social.

Portugal dispõe de uma legislação de defesa da concorrência desde 1984, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de dezembro. Contudo, a efetiva aplicação do Direito da Concorrência no país é ainda recente – quando comparada aos Estados Unidos da América ou mesmo à União Europeia – e ocorre, somente, com o denominado pacote de modernização de 2003, em que são publicados a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, a Lei da Concorrência, e o Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, que criou a Autoridade da Concorrência (AdC).

Com o intuito de aperfeiçoar o regime processual e os procedimentos aplicáveis nos domínios da legislação concorrencial, em 08 de maio de 2012, restou aprovado o atual Regime Jurídico da Concorrência (RJC), com a Lei n.º 19/2012.

O supracitado regime jurídico é aplicável a determinadas práticas restritivas e ao controlo das operações de concentração de empresas que ocorram ou tenham efeitos em território nacional. As práticas restritivas – aludidas no Capítulo II do RJC, nomeadamente, nos artigos 9.º, 11.º e 12.º – são as colusões, abusos de posição dominante e abusos de dependência económica, formas de comportamentos ilícitos das empresas nos mercados. Vejamos.

Nos termos do artigo 9.º do RJC, os acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência são proibidos. Por consequência, os acordos entre empresas e as decisões de associações de empresas proibidos são nulos, exceto nos casos justificados nas condições impostas pelo artigo 10.º do RJC. O artigo 11.º do RJC, por seu turno, proíbe a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste.

As proibições de práticas colusivas e de abusos de posição dominante densificadas no regime jurídico nacional, de certo modo, reproduzem uma harmonização voluntária com o direito da União, consagrado nos artigos 101.º e 102.º do TFUE, entretanto, com o âmbito territorial restrito¹¹.

¹¹ Quanto ao artigo 11.º do RJC, cumpre sublinhar que este possui uma lista exemplificativa de práticas abusivas, semelhante ao artigo 102.º do TFUE, no entanto, o n.º 2 do artigo 11.º do RJC, acrescenta a este rol a alínea e), *in*

O artigo 12.º do RJC, por sua vez, veda a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente.

O abuso de dependência económica é uma prática restritiva da concorrência que não tem consagração expressa no direito da União Europeia. Trata-se de situações em que é explorada abusivamente a ascendência de uma empresa em relação a outra, no domínio das relações bilaterais entre ambas, sempre que esse comportamento seja suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência.

Além destas normas substantivas, o referido regime jurídico dispõe sobre os procedimentos administrativos e sancionatórios – e.g. estudos, inspeções e auditorias (Capítulo IV do RJC) e dispensa ou redução especial de coimas, igualmente denominado por programa de clemência (Capítulo VIII do RJC) – e controlo judicial das decisões administrativas.

Nos termos do n.º 1 do artigo 5.º da Lei n.º 19/2012, o respeito pelas regras da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência, que, para o efeito, dispõe dos poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação, que se encontram densificados no regime jurídico da concorrência e nos seus estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto.

Assim sendo e nos termos dos seus estatutos, a AdC tem por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores¹².

Cumprе esclarecer que o fenómeno da concorrência é também abordado noutros diplomas legais dispersos no ordenamento interno, por exemplo, no Código dos Contratos Públicos (CCP), no Regime Jurídico do Setor Público Empresarial e na Lei sobre pedidos de indemnização por infração ao direito da concorrência¹³. Além disto, destaca-se a importância

verbis: “Recusar o acesso a uma rede ou a outras infraestruturas essenciais por si controladas, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa, desde que, sem esse acesso, esta não consiga, por razões de facto ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que esta última demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade”.

¹² Artigo 1.º, n.º 3, dos Estatutos da AdC.

¹³ Consagrados, respetivamente, no Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, no Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro e na Lei n.º 23/2018, de 5 de junho.

da jurisprudência, bem como dos regulamentos e do *softlaw* da AdC (comunicações, orientações e pareceres) para a aplicação e interpretação das regras de concorrência.

Quanto à tutela jurisdicional, nos termos do artigo 112.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, que estabelece as normas de organização do sistema judiciário português, o órgão judicial competente é o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS). Diante da especialidade deste órgão, o legislador classifica-o como tribunal de competência territorial alargada¹⁴, e, por conseguinte, estabelece como tribunal de segunda instância competente, o Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), conforme o anexo I da supracitada lei.

Feitas estas considerações introdutórias sobre a defesa da concorrência no ordenamento jurídico interno, passamos então a fazer uma breve contextualização histórica acerca da criação das Comunidades Europeias e, em ato contínuo, a atual configuração do direito da concorrência na União Europeia.

1.2 A integração europeia: da Declaração Schuman até aos dias atuais

A “*unidade europeia*” ou a união económica e política dos países europeus não constitui uma ideia nova, ou seja, diversos modelos/métodos de organização foram alvitados ao longo da história da Europa e estão profundamente ligados aos contextos políticos e sociais.

Nas palavras de GORJÃO-HENRIQUES¹⁵, “é longo o percurso valorativo e cultural que funda a comunhão de sentido que se pretende antever na moderna construção europeia”.

Cumprе sublinhar que somente no período entre as duas guerras mundiais, “que se assistiu à criação de um clima particularmente favorável à divulgação do velho sonho de unidade política; e a tragédia europeia de 1939-1945 viria a permitir a reposição, em novas bases, de projetos concretos de integração da Europa”¹⁶.

A evolução do projeto de unidade europeia pode ser dividida em três períodos históricos¹⁷: i) a pré-história da União Europeia (dos primórdios até à Primeira Grande Guerra);

¹⁴ Segundo o artigo 83.º, n.º 3, alínea b), da Lei n.º 62/2013.

¹⁵ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 36.

¹⁶ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luís Mota de; PEREIRA, António Pinto. *Manual de direito europeu: o sistema institucional, a ordem jurídica, o ordenamento económico da união europeia*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 25-26.

¹⁷ Segundo a sistematização utilizada por DUARTE e que entendemos ser didaticamente adequada para o presente trabalho. Cf. DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia: estatística e dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2011. p. 37.

ii) a proto-história da União Europeia (do Tratado de Versalhes até ao final da década de quarenta do século XX); e iii) a história da União Europeia (da Declaração Schuman até aos dias atuais).

Antes de mais, deve-se ter em conta que a ideia de identidade e de unidade política europeia é prévia à criação das Comunidades Europeias e da União Europeia. Todavia, como acentuado por MARTINS¹⁸, o processo integração europeia teve um papel catalisador, contribuindo para a construção, aprofundamento, desenvolvimento e tomada de consciência de uma identidade europeia.

Em observância aos escopos do presente trabalho, passaremos a uma breve síntese do terceiro período histórico, isto é, o da construção da União Europeia, para posteriormente (*capítulo 3*) destacar o desenvolvimento do mercado interno e a importância do movimento de liberalização dos mercados e da privatização neste processo.

A Declaração Schuman, proferida em 09 de maio de 1950 pelo então ministro francês dos Negócios Estrangeiros, Robert Schuman, é apontada como um ato histórico, visionário ou, ainda, “*a verdadeira Carta fundadora da Europa Comunitária*”¹⁹. Nesta declaração, o Governo francês propôs, em síntese, subordinar o conjunto da produção franco-alemã do carvão e do aço sob o controlo de uma Alta Autoridade, numa organização aberta à participação dos outros países da Europa²⁰.

A proposta francesa teve o acolhimento por parte da República Federal da Alemanha, bem como da Itália e dos países do Benelux (Países Baixos, Bélgica e Luxemburgo). Fruto das negociações entre os seis países, restou assinado o Tratado de Paris, que instituiu a primeira organização comunitária, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, a qual entrou em vigor no ano de 1952, com uma vigência de 50 anos²¹.

FAUSTO DE QUADROS²² explica os dois porquês de se começar pelo carvão e pelo aço: i) era uma forma de aproximar a França e a Alemanha, razão pela qual o Plano Schuman era um

¹⁸ MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 60.

¹⁹ QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia: Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 43.

²⁰ O Reino Unido, apesar de fazer parte do Conselho da Europa, rejeita, inicialmente, a ideia da criação de uma entidade dotada de poderes supranacionais.

²¹ O Tratado CECA caducou em 23 de julho de 2002.

²² QUADROS, Fausto de. *op. cit.*, p. 43.

meio fundamental de se criar uma paz duradoura na Europa; *ii*) pelo facto de que eram esses os dois setores económicos que mais tinham alimentado o esforço da Guerra.

Esta Comunidade tinha por objetivo introduzir a livre circulação do carvão e do aço, bem como o livre acesso as fontes de produção, sendo a sua estrutura a pedra fundamental das atuais instituições europeias. O Tratado era composto por quatro títulos, nomeadamente: *i*) a Comunidade Europeia do Carvão e Aço; *ii*) as instituições da Comunidade (Alta Autoridade, Assembleia, Conselho de Ministros e Tribunal de Justiça); *iii*) Disposições Económicas e Sociais; e *iv*) Disposições gerais. Além disso, abarcava três protocolos relativos aos Privilégios e Imunidades da CECA, ao Estatuto do Tribunal de Justiça da CECA e às Relações da CECA com o Conselho da Europa.

A CECA é, assim, considerada o primeiro passo ou, ainda, a engrenagem para a criação das instituições europeias supranacionais que dariam lugar à atual União Europeia. Observa-se, assim, que o processo de integração europeia se inicia pelo método funcional, ou funcionalista, ou da integração setorial²³.

O passo seguinte foi a assinatura, em 1957, de dois Tratados que instituíram a Comunidade Económica Europeia (CEE) e Comunidade Europeia da Energia Atómica (CEEa ou Euratom)²⁴. A partir da entrada em vigor dos Tratados de Roma e a consolidação das três Comunidades distintas²⁵, tem-se um claro aprofundamento da integração europeia, a qual passa a abranger a cooperação económica.

O Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia (Tratado CEE ou Tratado de Roma) de 1957, previa entre outros princípios o “estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum”²⁶.

Devido a evolução do processo de integração dos países fundadores e, ao abrigo do artigo 237.º do Tratado CEE, outros Estados europeus apresentam pedidos de adesão. Assim sendo,

²³ *Ibidem*, p. 43.

²⁴ Assinados em Roma no dia 25 de março de 1957 e entram em vigor no dia 1 de janeiro de 1958. Nota-se que embora ambos os Tratados tenham sido assinados em Roma, somente o Tratado CEE ficou conhecido por Tratado de Roma.

²⁵ Somente com o Tratado de Bruxelas (Tratado de Fusão) – assinado em 8 de abril de 1965 e com entrada em vigor em 1 de julho de 1967 – são criados uma Comissão única e um Conselho único para as três Comunidades Europeias (CEE, Euratom e CECA).

²⁶ Artigo 3.º, alínea *f*, do Tratado CEE.

tornaram-se membros das Comunidades: a Dinamarca, a Irlanda e o Reino Unido em 1973; a Grécia em 1981; e Espanha e Portugal em 1986.

Tendo em vista o aprofundamento do projeto comunitário, bem como os sucessivos alargamentos das Comunidades tornou-se imperiosa uma reforma institucional. Destarte, surge o Ato Único Europeu (AUE)²⁷ que visou reformar as instituições e simplificar a tomada de decisões na perspetiva do mercado único.

O artigo 8.º-A do Tratado CEE, nos termos da redação que lhe foi dada pelo AUE, estabeleceu que seriam adotadas medidas com o objetivo de criar progressivamente o mercado interno até 31 de dezembro de 1992. De acordo com a segunda parte do mesmo artigo, “o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições do presente Tratado”.

Em outras palavras, através da reforma institucional e da criação de novas competências, o AUE, de certa forma, preparou o terreno para a integração política, económica e monetária que seriam instituídas posteriormente.

Considerando o necessário aprofundamento da integração, restou assinado em 7 de fevereiro de 1992²⁸, o Tratado da União Europeia (TUE ou Tratado de Maastricht) que efetuou, até então, a mais ampla revisão dos Tratados Comunitários, instituindo a “União Europeia”.

Com este Tratado foi criado um quadro institucional único, composto pelo Conselho Europeu, o Parlamento Europeu, a Comissão Europeia, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Contas, que constituíam as instituições da União e exerciam os seus poderes em conformidade com as disposições dos Tratados.

A União estava assente em três pilares: *i*) o primeiro pilar era constituído pelas três Comunidades: CECA, CEEA e a Comunidade Europeia (CE); *ii*) o segundo pilar, a Política Externa e de Segurança Comum (PESC); e *iii*) o terceiro pilar, mecanismos de cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos (JAI).

Entre os objetivos do Tratado de Maastricht estava o de preparar a união monetária europeia, bem como o de introduzir a cidadania da União e o desenvolvimento de novas

²⁷ Assinado pelos doze Estados-Membros, no Luxemburgo e em Haia, em 17 e 28 de fevereiro de 1986, respetivamente, e com a entrada em vigor em 1 julho de 1987.

²⁸ Entrou em vigor em 01 de novembro de 1993, devido às dificuldades de ratificação nos Estados-Membros.

políticas comunitárias, por exemplo, no âmbito da educação, das telecomunicações e da proteção dos consumidores.

A integração deixa de ser essencialmente económica, para se estender aos domínios sociais e culturais. FAUSTO DE QUADRO²⁹ salienta que disto resulta o facto de ter sido retido da antiga CEE o qualificativo de “Económica” e dessa ter passado a designar-se apenas Comunidade Europeia.

O Tratado de Amsterdão, assinado em 2 de outubro de 1997³⁰, promove a revisão prevista no artigo N, n.º 2, do Tratado da União Europeia, alterando, essencialmente, a numeração dos artigos e consolidando os tratados UE e CEE.

Com o iminente alargamento da União para os Estados da Europa Central e do Leste³¹ foi dado início uma nova revisão dos Tratados, que resultou no Tratado de Nice assinado em 26 de fevereiro 2001³². Este procede à reforma das instituições por forma a que UE pudesse funcionar eficazmente com vinte e cinco países.

Depois do expressivo alargamento do número de Estados-Membros, tornou-se impreterível a revisão dos Tratados, de modo a que estes pudessem dar respostas adequada nos planos institucional, económico e político às novas exigências da União³³.

Após o fracasso do Tratado Constitucional³⁴, os Estados-Membros decidem regressar ao método comunitário por meio de um Tratado Reformador – ao introduzir alterações no TUE, no Tratado Euratom e no Tratado CE, que passa a denominar-se de Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) – que culminou no Tratado de Lisboa³⁵. De modo sintético, esse promove alterações institucionais, na política externa e na política de segurança comum, bem como visa fomentar os mecanismos democráticos na tomada de decisões na União.

²⁹ QUADROS, Fausto de. *op. cit.*, p. 52.

³⁰ Entrou em vigor em 01 de maio de 1999.

³¹ Nesta altura, a Áustria, a Finlândia e a Suécia já tinham aderiram à EU (1995). Em 2004, tornaram-se membros a República Checa, o Chipre, a Eslováquia, a Eslovénia, a Estónia, a Hungria, a Letónia, a Lituânia, Malta e a Polónia. Em 2007, foi a vez da Roménia e da Bulgária. A última adesão foi da Croácia em 2013.

³² Entrou em vigor em 01 de fevereiro de 2003.

³³ QUADROS, Fausto de. *op. cit.*, p. 60.

³⁴ O *Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa* ou o Tratado Constitucional foi assinado em 29 de outubro de 2004 e, em ato contínuo, iniciou-se o processo de ratificação pelos Estados-Membros. Contudo, este não logrou êxito nos referendos aos cidadãos franceses e holandeses realizados em maio e junho de 2005, respetivamente, razão pela qual não foi possível dar continuidade ao projeto constitucional europeu.

³⁵ Assinado em 13 de dezembro de 2007, com entrada em vigor em 01 de dezembro de 2009.

Isto posto, passaremos a expor, sumariamente, sobre a tutela jusconcorrencial estabelecida no direito da União, bem como a importância das instituições europeias, nomeadamente, o Tribunal de Justiça da União Europeia, para a interpretação conforme o direito primário.

1.3 As regras de concorrência da União Europeia

Como visto, o direito da concorrência no âmbito da União Europeia tem especial relevância, tendo em conta o seu papel na construção de um mercado interno, eliminando as barreiras comerciais e garantido as liberdades económicas fundamentais (liberdade de estabelecimento e a livre circulação das mercadorias, dos serviços, das pessoas e dos capitais).

As normas de concorrência do direito comunitário, instituídas pelo Tratado de Roma, em seus artigos 85.º a 94.º, permaneceram, em sua essência, inalteradas ao longo dos Tratados e, hodiernamente, estão manifestadas no Capítulo I do Título VII do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente, entre os artigos 101.º e 109.º.

Os preceitos primários do direito da concorrência na União Europeia estão seccionados, fundamentalmente, em “regras aplicáveis às empresas”, com os artigos 101.º a 106.º do TFUE, e “os auxílios concedidos pelos Estados”, nos artigos 107.º a 109.º do TFUE.

Em apertada síntese, as regras comunitárias da concorrência articulam-se em torno de cinco eixos principais: *i*) proibição de acordos e práticas comerciais anticoncorrenciais (artigo 101.º, n.º 1 do TFUE); *ii*) proibição de abusos de posição dominante suscetíveis de dificultar a concorrência no mercado comum (artigo 102.º do TFUE); *iii*) controlo preventivo das operações de concentração (Regulamento (CE) n.º 139/2004, de 20 de janeiro); *iv*) a aplicação das normas de concorrência, via de regra, às empresas públicas, às empresas detentoras de direitos especiais ou exclusivos e às empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral (artigo 106.º do TFUE); e *v*) controlo dos auxílios concedidos pelos Estados, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo determinadas empresas ou produções (artigo 107.º do TFUE).

Assim, destacamos os dois primeiros pontos.

O artigo 101.º, n.º 1, do TFUE determina que são incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-

Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno.

Estas práticas colusivas levam as empresas envolvidas a renunciarem da sua autonomia comportamental no mercado, com o escopo de reduzir ou eliminar os riscos da concorrência. São exemplos destas práticas: *i)* a fixação de preços de venda; *ii)* a repartição de mercados geográficos, de produtos ou de clientes; e *iii)* o boicote ou a recusa coletiva de bens ou serviços a um determinado fornecedor, cliente ou concorrente.

Todavia, as proibições podem ser declaradas inaplicáveis no caso concreto, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos no n.º 3, do artigo 101.º, do TFUE. Caso contrário, nos termos do n.º 2 deste dispositivo, estes acordos ou decisões serão considerados nulos de pleno efeito.

Ademais, é incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste, conforme o disposto no artigo 102.º do TFUE.

As práticas abusivas mais recorrentes podem ser divididas em duas categorias: abusos por exploração e abusos por exclusão. Na primeira, a empresa explora o domínio que exerce no mercado em detrimento dos demais agentes económicos, e.g., preços excessivos, redução de preços seletivos, condições contratuais não equitativas ou discriminação. Na segunda, as práticas são orientadas para o afastamento de concorrentes do mercado, por exemplo, a recusa de fornecimento, a prática de preços predatórios ou de esmagamento de margem.

Como será abordado na *segunda parte* deste estudo, a existência de uma posição dominante não implica, em si, qualquer censura à empresa, pois a norma não pretende proibir que uma empresa conquiste, pelos seus próprios méritos, esta posição no mercado³⁶. No entanto, incumbe àquela que detém uma posição dominante uma responsabilidade especial de não prejudicar, através do seu comportamento, uma concorrência efetiva e não falseada³⁷.

A aplicação pública dos artigos 101.º e 102.º do TFUE é assegurada pela Comissão, mediante o exercício das competências previstas no Regulamento (CE) n.º 1/2003³⁸. Esta

³⁶ Cf. Acórdão do TJ de 17.02.2011, *TeliaSonera Sverige*, Proc. C-52/09, cons. 24.

³⁷ Cf. Acórdão do TJ de 09.11.1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão*, Proc. 322/81, cons. 57.

³⁸ Recordar-se que o primeiro regulamento comunitário a tratar da execução das regras de concorrência foi o Regulamento (CEE) n.º 17/1962, que por sua forte centralização na Comissão Europeia, tornou-se insuficiente

aplicação incumbe, também, às autoridades nacionais da concorrência, que podem tomar as decisões referidas no artigo 5.º do Regulamento, e aos tribunais nacionais.

De acordo com o TUE, a Comissão promove o interesse geral da União e toma as iniciativas adequadas para esse efeito. Para isto, compete a Comissão velar pela aplicação dos Tratados, das medidas adotadas pelas instituições e controlar a aplicação do direito da União, sob a fiscalização do Tribunal de Justiça da União Europeia³⁹. Nos termos do seu regulamento interno⁴⁰, a Comissão é dirigida por um colégio e está organizada em serviços e direções-gerais – responsáveis por diferentes domínios de intervenção, entre estas a política europeia de concorrência, da responsabilidade da DG COMP. Ao longo o estudo, sobretudo, no *capítulo 6*, iremos apontar a relevância da atuação da Comissão na aplicação das normas concorrenciais.

Por sua vez, conforme o disposto no artigo 19.º do TUE, o Tribunal de Justiça da União Europeia⁴¹ tem por missão garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados. No âmbito desta incumbência, cumpre ao TJUE fiscalizar a legalidade dos atos das instituições da União Europeia; interpretar o direito da União a pedido dos tribunais nacionais; e assegurar o respeito, pelos Estados-Membros, das obrigações decorrentes dos Tratados.

Sublinha-se a relevância da prática jurisprudencial, visto que este órgão jurisdicional asseverou em diversas ocasiões que o direito comunitário originário criou uma ordem jurídica própria e, por conseguinte, deveria estabelecer conceitos próprios de direito europeu, tendo em conta os objetivos comunitários, o desenvolvimento das liberdades fundamentais e o sistema como um todo.

Em face das considerações gerais tecidas neste capítulo introdutório, passaremos para a análise, propriamente dita, do artigo 106.º do TFUE, que estabelece a regra geral de aplicação das normas de concorrência às empresas públicas e às empresas detentoras de direitos especiais ou exclusivos.

para exercer adequadamente as suas funções. Com o intuito de garantir uma efetiva aplicação e uma maior celeridade nos processos, o Regulamento (CE) n.º 1/2003, prevê, entre outras medidas, uma estreita cooperação entre a Comissão Europeia e as Autoridades Nacionais da Concorrência, com a atribuição competência às autoridades nacionais para aplicar os artigos 101.º e 102.º do TFUE, bem como a aplicabilidade direta do atual n.º 3, do artigo 101.º, do TFUE.

³⁹ Artigo 17.º, n.º 1, do TUE.

⁴⁰ Regulamento Interno da Comissão [C (2000) 3614]. JO L 308, de 08.12.2000.

⁴¹ O Tribunal de Justiça da União Europeia é composto por duas jurisdições: o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral. O Tribunal da Função Pública, cessou as suas atividades, em 1 de setembro de 2016, depois de ter transferido para o Tribunal Geral as suas competências no contexto da reforma da arquitetura jurisdicional da União.

2 FUNDAMENTOS E NOÇÕES ELEMENTARES

No presente capítulo iremos pormenorizar o artigo 106.º do TFUE, com especial atenção ao n.º 1 desta norma, do qual pretendemos delinear os seus fundamentos, destinatários e conceitos-chaves, em consonância com o disposto nos Tratados e a construção jurisprudencial desenvolvida pelo TJUE.

Antes de mais, cumpre verificar a estrutura tripartida do preceito em causa.

O artigo 106.º, em seu n.º 1, estabelece a regra geral de aplicação das regras de direito da concorrência às empresas públicas e às empresas detentoras de direitos especiais ou exclusivos concedidos pelo Estado, *in verbis*:

1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto nos Tratados, designadamente ao disposto nos artigos 18.º e 101.º a 109.º, inclusive. (grifos nossos)

Como teremos oportunidade de aprofundar neste capítulo (*ponto 2.1*), os Tratados impõem deveres aos Estados-Membros com o propósito de garantir o respeito aos princípios estruturantes da União e, por conseguinte, atingir os seus objetivos comuns, dentre esses, o bom funcionamento do mercado interno.

Assim sendo, o n.º 1 do artigo 106.º do TFUE especifica objetivos gerais da União e determina que os Estados-Membros poderão ser suscetíveis da aplicação das normas concorrenciais (ver *ponto 2.2*). Em outras palavras, trata-se de uma norma especial que impõe aos Estados-membros a obrigação de não adotarem nem manterem qualquer medida contrária ao disposto, principalmente, nos artigos 18.º e 101.º a 109.º do TFUE. Impede, igualmente, que os Estados-Membros adotem medidas que permitam às empresas privadas furtarem-se às obrigações impostas pelos artigos 101.º e 102.º do Tratado.

Como sugere a redação do dispositivo em causa, esse não pode ser aplicado de modo isolado⁴², assim para que se possa instituir uma obrigação específica para o Estado-Membro, deve-se sempre fazer a aplicação conjugada com outra regra do Tratado. Isso implica que o n.º

⁴² CADETE, na obra citada na *nota 60*, classifica o n.º 1 do artigo 106.º do TFUE como uma “*norma carente*”, enquanto que, BUENDIA SIERRA, *op. cit.*, emprega as expressões “*reference rule*” ou “*not entirely self-contained*”; e WHISH, Richard; BAILEY, David. *op.cit.*, utiliza o termo “*revoin provision*”.

1, do artigo 106.º, tenha um conteúdo legal múltiplo, com diferentes esferas de aplicação⁴³, entre estas, a do artigo 102.º do TFUE, objeto de estudo do presente trabalho, que será tratado na *parte II*.

Ressalta-se, da redação do n.º 1, quatro expressões que eventualmente suscitem dúvidas ao aplicador do direito, quais sejam: empresas públicas, direitos especiais, direitos exclusivos e medidas estatais contrárias aos Tratados. Isto é, este dispositivo faz menção a determinadas categorias de empresas – públicas e detentoras de direitos especiais ou exclusivos – diferentemente da menção ampla dos artigos 101.º e 102.º do TFUE. Diante da relevância desses elementos, voltaremos a tratar dos conceitos-chaves no *ponto 2.3*.

Por sua vez, o n.º 2, do artigo 106.º, institui uma derrogação à aplicação das normas dos Tratados, quando esta põe em causa o cumprimento da missão específica confiada às empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou aos monopólios fiscais⁴⁴. Vejamos a transcrição:

2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da União.

Resulta da redação deste preceito que as empresas encarregadas da gestão de SIEG são entidades encarregadas de uma missão particular de serviço público, confiada através de um ato que, em função da legislação de cada Estado, podendo assumir a forma de um contrato, ato legislativo ou regulamentar.

De acordo com a melhor interpretação do direito primário, os Estados-Membros, na ausência de regras específicas da União, dispõem de ampla margem discricionária para definir serviços como SIEG. A Comissão tem apenas competências para verificar se o Estado-Membro em questão cometeu um erro manifesto nesta definição⁴⁵.

⁴³ Não está limitada às regras de concorrência e ao artigo 18.º do TFUE (princípio da não-discriminação), estende-se aos artigos 34.º (livre circulação de mercadorias); 45.º (livre circulação de trabalhadores); 49.º (liberdade de estabelecimento); 56.º e 57.º (livre circulação de serviços); 63.º a 66.º (livre circulação de capitais), todos do TFUE.

⁴⁴ Ver, além dos preceitos anteriormente mencionados, os artigos 14.º, 37.º, 59.º, 93.º, e 345.º do TFUE; o Protocolo n.º 26 sobre os Serviços de Interesse Geral; e o artigo 36.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

⁴⁵ Acórdão do TG (Segunda Secção Alargada) de 15.06.2005, Olsen/Comissão, Proc. T-17/02, cons. 216; e COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais*

Neste sentido, para que seja caracterizada esta derrogação⁴⁶: *i)* deve existir um ato oficial através do qual o Estado atribui a uma empresa a responsabilidade pela execução de uma determinada missão; *ii)* esta atribuição de responsabilidade deve relacionar-se com um SIEG; *iii)* a derrogação deve ser necessária e proporcional à execução das tarefas confiadas; *iv)* o desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.

Sobre a temática, SILVA⁴⁷ recorda que a construção do mercado comum privilegiou sobretudo a vertente económica, razão pela qual os serviços de natureza económica se encontram sujeitos às regras da concorrência, excetuando-se do campo de aplicação somente os serviços sociais e de autoridade.

Segundo ALMEIDA⁴⁸, a compatibilidade das regras de concorrência funda-se em três princípios: *i)* neutralidade quanto ao regime de propriedade (*cf.* artigo 345.º do TFUE); *ii)* liberdade de definição dos serviços; e *iii)* proporcionalidade entre as restrições da concorrência e medidas necessárias ao cumprimento eficaz das suas missões.

Quanto ao último ponto, a jurisprudência do TJ⁴⁹ entende que o comportamento das empresas incumbidas de um SIEG no mercado, especialmente quando exerçam uma atividade de carácter comercial, encontra-se submetido às normas de concorrência, nos termos do artigo [106.º], n.º 2, até que se demonstre que elas são incompatíveis com o desenvolvimento da missão destas entidades.

Em outros termos, para a aplicação da exceção prevista no n.º 2 não basta que a empresa tenha sido encarregue pelos poderes públicos da gestão de um SIEG, é ainda necessário que a aplicação das normas do Tratado ponha em causa o cumprimento da missão específica confiada a essa empresa e o interesse da Comunidade não seja afetado⁵⁰.

da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços de interesse económico geral (2012/C 8/02). JO C 8, de 11.01.2012. cons. 46.

⁴⁶ Ver a Decisão 2012/21/EU relativa à aplicação do artigo 106.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, de 20.12.2011.

⁴⁷ SILVA, João Nuno Calvão da. *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 220.

⁴⁸ ALMEIDA, José Rui Nunes de. *Transparência e proporcionalidade no Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*. Porto: Vida Económica. p. 121.

⁴⁹ Acórdão do TJ de 30.04.1974, *Sacchi*, Proc. 155/73, cons. 15.

⁵⁰ Acórdão do TJ de 21.03.1974, *BRT/SABAM e Fonior (BRT I)*, Proc. 127/73, cons. 22; e Acórdão do TJ de 10.12.1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, Proc. C-179/90, cons. 26.

Pode-se sintetizar, em conformidade com a jurisprudência do TJ⁵¹, que os referidos números, visam conciliar, por um lado, os interesses dos Estados-Membros em utilizar certas empresas – nomeadamente do setor público, como instrumentos de política económica ou fiscal – com os interesses da União Europeia, em que sejam respeitadas as regras da concorrência e preservada a unidade do mercado comum. Para isto, contudo, cabe ao Estado-Membro expor, pormenorizadamente, as razões, em condições economicamente aceitáveis, nas quais o cumprimento das missões de interesse económico geral seria posto em causa.

Por fim, resta determinado, no n.º 3 deste dispositivo, a competência da Comissão Europeia em velar pela aplicação do artigo e, quando necessário, dirigir aos Estados-Membros diretivas ou decisões. Elucidamos que, por questões metodológicas, iremos estudar a atuação da Comissão no *capítulo 6*.

De forma a atender aos escopos do estudo, iremos apresentar nas partes que se seguem somente os fundamentos, os destinatários e os conceitos-chaves do n.º 1 do artigo 106.º do TFUE. Ressalta-se que esta construção será metodologicamente relevante, uma vez que este dispositivo se encontra localizado entre as regras de direito da concorrência dirigidas às empresas, no entanto, implica obrigações aos Estados-Membros e consolidou-se como poderoso instrumento nos processos de liberalização e na criação do mercado interno, como poderemos verificar no *capítulo 3*.

2.1 A razão de ser do artigo 106.º, n.º 1, do TFUE

Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados. Em apertada síntese, este princípio pretende garantir que os Estados e as instituições europeias contribuam para o funcionamento eficiente da União Europeia.

De acordo com o disposto no artigo 4.º, n.º 3 do TUE, os Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União. Além disto, estes facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos da União.

Verifica-se, assim, a existência de uma dupla dimensão deste dispositivo, isto é, uma *positiva*, ao prever a obrigação dos Estados-Membros tomarem as medidas necessárias à plena

⁵¹ Acórdão do TJ de 13.05.2003, *Comissão/Espanha*, Proc. C-463/00, cons. 82.

aplicação do Direito da União, e outra *negativa*, ao visar impedir que os Estados-Membros adotem medidas que violem os objetivos e, por conseguinte, o Direito da União.

Ademais, conforme a atual redação do TUE⁵², a União estabelece um mercado interno e, para isto, deve empenhar-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente.

Destarte, no âmbito deste dever de cooperação, impõe-se aos Estados-Membros que não tomem ou mantenham em vigor medidas, ainda que de natureza legislativa ou regulamentar, suscetíveis de impedir o bom funcionamento do mercado interno e, por conseguinte, eliminar o efeito útil das regras de concorrência.

Antes de mais, cumpre tecer breves comentários sobre o princípio concorrencial na fonte primária do Direito da União. Os textos dos Tratados, desde os primórdios da integração económica europeia, apontam como objetivos gerais a criação de um mercado comum/interno, assim como o estabelecimento de um sistema em que a concorrência não seja falseada.

Entretanto, como salientado por FROUFE⁵³, as expressões “*livre concorrência*” e “*concorrência não falseada*”, na reformulação promovida pelo Tratado de Lisboa, passaram a ocupar um lugar de menos visibilidade, sem, contudo, desaparecerem do acervo jurídico e do discurso político e económico.

Como visto, o texto do artigo 3.º do TUE, consagra o desígnio do desenvolvimento de uma “*economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social*”, retirando-se, assim, o termo “*concorrência não falseada*”.

Quanto à previsão do estabelecimento de “um regime que garanta que a concorrência não falseada no mercado interno”, disposto anteriormente no artigo 3.º, alínea g) do Tratado CE, tem-se um claro afastamento textual, passando esta para o Protocolo n.º 27, relativo ao mercado interno e à concorrência, anexo aos Tratados. Assim, por meio deste protocolo, os Estados-Membros acordam que, tendo em conta que o mercado interno inclui um sistema que assegura

⁵² Artigo 3.º, n.º 3, primeira parte, do TUE.

⁵³ FROUFE, Pedro Madeira. *Constituição económica da União Europeia, antes e depois de Lisboa (entre o princípio concorrencial e a “economia social de mercado”)*. UNIO - EU Law Journal. vol. 3, n.º 1, jan. 2017, p. 115.

que a concorrência não seja falseada, se necessário, a União poderá tomar medidas ao abrigo do disposto nos Tratados, incluindo do artigo 352.º do TFUE.

Contudo, pode-se depreender que, em verdade, houve somente uma alteração na redação normativa, sendo esta previsão substituída pela alínea b), do n.º 1, do artigo 3.º do TFUE, que define a competência exclusiva da União no estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno.

Seguimos o entendimento de que as alterações promovidas pelo Tratado de Lisboa não afastam a aplicação, nem as interpretações estabelecidas até o momento, pois, como destacado pelo supracitado autor, apesar desta aparente desvalorização⁵⁴ do princípio concorrencial na sistemática expositiva, a ordem económica da Europa integrada não mudou substantivamente.

Neste sentido, as disposições supracitadas devem ser compreendidas de forma integrada, ou seja, o mercado interno inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada – conforme o artigo 3.º, n.º 3, do TUE, o artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do TFUE e o Protocolo n.º 27 anexos aos Tratados – e, para isto, se impõe aos Estados-Membros a obrigação de cumprir lealmente as obrigações decorrentes da União, nos termos do artigo 4.º, n.º 3, do TUE.

Destaca-se que os objetivos gerais enunciados nestas disposições não podem ser aplicados de forma autónoma, na medida em que são estabelecidas normas especiais, que regulam estas matérias, ao longo do TFUE.

De acordo com a interpretação do Tribunal de Justiça⁵⁵, estes dispositivos fazem parte dos princípios gerais do mercado comum, que são aplicados em conjugação com os respetivos capítulos do Tratado destinados a dar-lhes execução, sendo assim, os objetivos gerais serão explicitados por normas específicas contidas noutras disposições.

Quanto ao artigo em estudo, a jurisprudência do TJ⁵⁶ entende que a imposição de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do Tratado, determinada no artigo 4.º, n.º 3, do TUE, tem uma redação de tal forma genérica que não é possível aplicá-lo de forma

⁵⁴ Sobre este tema, FROUFE ressalta que um dos fatores apontados como responsáveis pelo afastamento e desinteresse dos cidadãos europeus com as questões da União e do processo de integração tem haver com “o descompasso entre a vertente económica lato sensu (a integração económica propriamente dita e os seus avanços, aqui incluída a política monetária única) e a ação/intervenção social da União”. *Ibid.*, p. 119.

⁵⁵ Acórdão do TJ de 11.03.1992, *Compagnie commerciale de l'Ouest c o.*, Proc. C-78/90 a C-83/90, cons. 18.

⁵⁶ Acórdão do TJ a de 05.10.1994, *Centre d'insémination de la Crespelle*, Proc. C-323/93, cons. 15.

autónoma, principalmente, quando a situação em causa se rege por uma disposição específica do Tratado, como sucede no artigo 106.º, n. 1º, do TFUE.

Consoante o exposto, o artigo 106.º encontra-se no Capítulo I do Título VII do TFUE, na secção das “regras aplicáveis às empresas”, no entanto, a leitura deste deve ser sistémica⁵⁷, ou seja, feita em conjunto com os artigos relacionados, em especial, os artigos 3.º, n.º 3, e 4.º, n.º 3, ambos do TUE, e o Protocolo n.º 27, relativo ao mercado interno e à concorrência.

Como será visto no *ponto 2.2*, sem embargo do artigo 106.º estar localizado numa secção que trata das regras de concorrência aplicáveis às empresas, decorre da redação do seu n.º 1, que este se dirige, essencialmente, aos Estados-Membros.

De acordo com SAUTER⁵⁸, o escopo do artigo 106.º, n.º 1, do TFUE é o balanço, por um lado, entre a existência de empresas públicas e empresas detentoras de direitos exclusivos e especiais e, por outro lado, a obrigação de respeito ao mercado interno e de cumprimento das quatro liberdades fundamentais, assim como as regras de concorrência e de auxílios de estados.

Como fundamentado pelo TJ⁵⁹, a razão pela qual as disposições do artigo [106.º] foram inseridas no Tratado é justamente a influência que os poderes públicos podem exercer sobre as decisões comerciais das empresas públicas.

Consoante as Conclusões do Advogado-Geral CRUZ VILAÇA⁶⁰, este artigo pretende evitar que os poderes públicos utilizem a especial relação de supremacia que os liga a certos tipos de empresas para lhes impor comportamentos proibidos pelo Tratado ou para lhes conceder vantagens incompatíveis com o mercado comum.

Como sintetizado nos ensinamentos de PAPPALARDO⁶¹, a *raison d'être* do artigo 106.º, n.º 1, reside no receio de que, no caso das empresas mencionadas no dispositivo em causa, possa ser mais fácil para os Estados-Membros, devido às suas relações especiais com tais empresas, cometerem infrações. O autor complementa que o princípio da fidelidade ao disposto no

⁵⁷ BUENDIA SIERRA sintetiza que “*all these provisions were interpreted by Court of Justice as prohibiting Member States from depriving competition rules of their effet utile by adopting measures that would allow the undertakings to ignore the limits imposed by Articles 101 and 102*”. BUENDIA SIERRA, Jose Luis. Article 106 - Exclusive Rights and other anti-competitive State measures. In: FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali, eds. The EU Law of Competition. 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 810.

⁵⁸ SAUTER, Wolf. Public services in EU law. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 49.

⁵⁹ Acórdão do TJ de 06.07.1982, *França, Itália e Reino Unido/Comissão*, Procs. 188 a 190/80, cons. 12.

⁶⁰ Conclusões do Advogado-Geral José Luís da Cruz Vilaça de 11.02.1988, *Bodson/Pompes funèbres des régions libérées*, Proc. 30/87, cons. 65.

⁶¹ PAPPALARDO, Aurelio. *State measures and public undertakings: Article 90 of the EEC Treaty revisited*. European Competition Law Review, vol. 12, n. 1, 1991, p. 35.

Tratado foi confirmado, com algumas especificações adicionais, e com o procedimento previsto no n.º 3 do artigo 106.º do TFUE.

Diante das obrigações estabelecidas pelos Tratados, podemos apontar quatro razões para a existência deste dispositivo: *i)* construção do mercado comum como um dos objetivos centrais da União; *ii)* o estabelecimento de uma economia de mercado interno, para o qual seria garantido um sistema de concorrência não falseada, especialmente, nas transações transfronteiriças; *iii)* impedir a influência dos poderes públicos sobre as decisões comerciais de certos tipos de empresas com as quais possui uma especial relação; e *iv)* impedir que determinadas medidas estatais coloquem em causa o efeito útil das normas de concorrência.

2.2 Destinatários

Recordamos que, consoante o disposto no artigo 345.º do TFUE, “*os Tratados em nada prejudicam o regime da propriedade nos Estados-Membros*”. Decorre deste dispositivo que o simples facto de certas atividades serem operadas na esfera pública ou privada não pode ser, *per se*, considerado contrário aos Tratados.

Entretanto, este dispositivo não permite tratar as empresas estatais de forma mais favorável do que outras empresas ou, ainda, remover as condições equitativas no mercado, característica essencial da livre concorrência. Caso contrário, o processo competitivo e o objetivo de um mercado comum europeu podem ser, consideravelmente, danificados.

Em decorrência do princípio da neutralidade competitiva⁶², as normas de concorrência na União não são unicamente aplicáveis às empresas que exerçam uma atividade económica, sejam estas de natureza estatal ou privada, mas, também, podem ser diretamente aplicáveis às medidas adotadas pelos Estados-Membros. Atendendo aos objetivos elencados, o direito comunitário prevê disposições dirigidas diretamente aos Estados-Membros e às suas medidas legislativas, como o artigo 106.º do TFUE.

CADETE⁶³ conclui que o dispositivo em estudo manifesta a regra da “*paridade de armas entre empresas públicas e privadas*”. Segundo este autor, a norma ao introduzir este princípio de igualdade jurídica, contribui para a consolidação de um jurídico neutro do ponto de vista institucional, substantivo e funcional.

⁶² Para uma abordagem mais global desta matéria ver OCDE. *Competitive neutrality in competition policy DAF/COMP(2015)5*. Paris, 2015.

⁶³ CADETE, Eduardo Maia. *Concorrência e serviços de interesse económico geral*. Cascais: Principia, 2005. p. 19.

Em consonância ao verificado anteriormente, o artigo 106.º do TFUE encontra-se numa secção intitulada por “*regras aplicáveis às empresas*”, no entanto, como decorre da leitura sistémica dos princípios orientadores da União, bem como da redação do seu n.º 1, verifica-se que dispositivo se dirige, essencialmente, aos Estados-Membros.

De acordo com SZYSZCZAK⁶⁴, esta posição incomum justifica-se pelo facto de que, embora o dispositivo se destine aos Estados-Membros e vise aplicar os princípios da concorrência à intervenção do Estado no mercado, a principal justificativa para a sua posição no Tratado é a de aplicar normas e princípios de concorrência semelhantes às empresas privadas e públicas.

Como decorre da leitura do n.º 1 da norma em estudo, temos como destinatário desta regra, em primeiro plano, os Estado-Membro e, indiretamente, as empresas em causa. Sendo implícito que estas medidas estatais dizem respeito a atividades económicas.

Tais medidas podem ser tomadas pelas autoridades públicas a nível nacional, regional ou local. Com efeito, conforme o Acórdão *Bodson/Pompes funèbres*⁶⁵, esta disposição regula as obrigações dos Estados-membros, noção que inclui, neste contexto, as autoridades públicas de nível regional, provincial ou comunal, relativamente a empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos.

Entretanto, alguns autores questionam se a aplicação das regras de concorrência nalguns setores seria capaz de interferir nos objetivos legítimos da ação económica do Estado. PAPPALARDO⁶⁶ defende que, embora possam ser fixados limites razoáveis dentro dos quais as medidas estatais são escrutinadas ao abrigo das regras da concorrência, este risco não justifica a negação da admissibilidade de qualquer controlo.

Assim sendo, como assente na jurisprudência supracitada, esta norma configura-se como *lex specialis* dos objetivos da União e dos deveres gerais atribuídos aos Estados no âmbito do direito comunitário.

Note-se que, em si, os artigos 101.º e 102.º do TFUE apenas dizem respeito ao comportamento das empresas e não a medidas legislativas ou regulamentares dos Estados-membros. No entanto, resulta da jurisprudência constante do Tribunal que estes dispositivos,

⁶⁴ SZYSZCZAK, Erika. *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*. Oxford: Hart Publishing, 2007. p. 108.

⁶⁵ Acórdão do TJ (Sexta Secção) de 04.05.1988, *Bodson/Pompes funèbres*, Proc. 30/87, cons. 33.

⁶⁶ PAPPALARDO, Aurelio. *op. cit.*, p. 36.

interpretados em ligação com o artigo 4.º, n.º 3 do TUE, impõe aos Estados-membros que não tomem ou mantenham em vigor medidas mesmo de natureza legislativa ou regulamentar suscetíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas⁶⁷.

Destarte, verifica-se que os comportamentos, tradicionalmente, relevantes para o direito da concorrência são aqueles derivados de condutas anticoncorrenciais praticadas por empresas, sejam estas de natureza pública ou privada. Entretanto, como visto, quando os Estados, no sentido *lato*, forçam ou induzem as empresas a atuarem contra ou a eliminar o efeito útil de uma concorrência efetiva, estes também serão suscetíveis da aplicação das normas concorrenciais.

2.3 Noções elementares

Como depreendido nas considerações supra, o artigo 106.º, n.º 1, do TFUE faz menção a quatro expressões, quais sejam: empresas públicas, direitos especiais, direitos exclusivos e medidas estatais contrárias aos Tratados, que pretendemos traçar os seus elementos estruturantes neste subcapítulo.

Antes de mais, deve-se ter em mente que as medidas estatais compreendidas neste dispositivo devem ter uma ligação entre uma ou mais empresas, razão pela qual faremos breves considerações sobre a definição de empresa e de atividade económica para efeitos do sistema jurídico europeu.

Conforme a jurisprudência assente do TJ⁶⁸, o conceito da empresa, no âmbito do direito da concorrência, abrange qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento. Resulta, igualmente, da jurisprudência que constitui uma atividade económica qualquer atividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado⁶⁹.

Cumprе esclarecer que para a definição de atividade económica não importa os fins da entidade em causa, mas, sim, o exercício da atividade no mercado. Neste sentido temos o arresto *Cassa di Risparmio di Firenze*⁷⁰, segundo o qual a fundação bancária deve ser considerada uma empresa, na medida em que exerce uma atividade económica, não obstante a circunstância de

⁶⁷ Acórdão do TJ de 21.09.1988, *Van Eycke/ASPA*, Proc. 267/86, cons. 16; e acórdão do TJ (Grande Secção) de 05.12.2006, *Cipolla e o.*, Proc. C-94/04 e C-202/04, cons. 46.

⁶⁸ Acórdão *Hydrotherm/Andreoli*, *op. cit.*, cons. 11; e Acórdão do TJ de 23.04.1991, *Höfner e Elser/Macroton*, Proc. C-41/90, cons. 21.

⁶⁹ Acórdão do TJ de 12.09.2000, *Pavlov e o.*, Proc. C-180/98 a 184/98, cons. 75.

⁷⁰ Acórdão do TJ (Segunda Secção) de 10.01.2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e o.*, Proc. C-222/04, cons. 123.

a oferta de bens ou de serviços ser feita sem fins lucrativos, uma vez que esta oferta está em concorrência com a de operadores que prosseguem tais fins.

Com alicerce na ampla jurisprudência do TJUE, MOURA E SILVA⁷¹ categoriza os três principais fundamentos de exclusão da noção de atividade económica: *i*) as atividades que decorrem da própria autoridade pública; *ii*) nos setores em que a prestação da atividade decorre do princípio da solidariedade, não visam a cobertura dos respetivos custos pela receita associada; *iii*) determinados serviços que integram as funções do Estado-Providência, quando o exercício destas atividades sejam essenciais ao cumprimento dessa missão legal.

Conforme o destacado por CADETE⁷², tarefas que até pouco tempo eram exercidas apenas pelo Estado e que se consideravam excluídas do mercado são, hodiernamente, entendidas como atividades de natureza económica sujeitas às regras da concorrência. Aponta, ainda, uma gradativa ampliação do conceito de atividade económica para áreas de natureza eminentemente social (e.g., saúde, educação e segurança social) e tradicionalmente da responsabilidade do Estado.

POIARES MADURO⁷³, ao comentar a difícil delimitação da atuação estatal, assinala que o TJ, quando tenta determinar se uma atividade assumida pelo Estado ou por uma entidade estatal é de natureza económica, entra num terreno perigoso pois tem de encontrar um equilíbrio entre a necessidade de proteger uma concorrência não falseada no mercado comum e o respeito das competências dos Estados-Membros.

Como verificado, o TJ com suporte em uma análise empírica e casuística, pretende afastar-se de expressões formais que possam ter aplicações restritivas, uma vez que os ordenamentos jurídicos dos diversos Estados-Membros podem conceder valores não coincidentes. Nas palavras de BUENDIA SIERRA⁷⁴, “*it is not surprising that Community law employs a distinct and separate usage of the concept of undertaking from those contained in the national legal system*”. Por fim, esclarecemos que as definições abordadas nesta parte estão longe de ser estanques e podem conter diferentes sentidos, por exemplo, quando aplicados por juristas ou economistas. Entremos no ensaio sobre as empresas públicas no âmbito do artigo 106.º, n.º 1, do TFUE.

⁷¹ MOURA E SILVA, Miguel. *Direito da Concorrência*. Lisboa: AAFDL, 2018. p. 250 e 251.

⁷² CADETE, Eduardo Maia. *op. cit.*, 2005. p. 23.

⁷³ Conclusões do Advogado-Geral M. Poiares Maduro de 10.11.2005, *FENIN/Comissão*, Proc. 205/03 P, cons. 26.

⁷⁴ BUENDIA SIERRA, Jose Luis. *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 30.

2.3.1 Empresas públicas

A noção de “*empresa pública*” não foi definida pelos Tratados, recaindo, portanto, aos órgãos comunitários, em especial, ao Tribunal de Justiça, realizar uma interpretação, conforme os princípios delineados, e uma harmonização da aplicabilidade deste conceito.

A primeira definição no âmbito comunitário foi efetuada pela Comissão, no exercício dos poderes conferidos pelo então n.º 3 do artigo 90.º do Tratado CEE (atual artigo 106.º do TFUE), na *Diretiva Transparência*⁷⁵, hodiernamente codificada na Diretiva 2006/111/CE da Comissão, de 16 de novembro de 2006, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas.

O artigo 2.º desta Diretiva define empresa pública como “qualquer empresa em que os poderes públicos possam exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante em consequência da propriedade, da participação financeira ou das regras que a disciplinem”.

Ainda de acordo com o mesmo dispositivo, a existência de influência dominante é presumida quando os poderes públicos: *a)* tenham a maioria do capital subscrito da empresa; ou *b)* disponham da maioria dos votos atribuídos às partes sociais emitidas pela empresa; ou *c)* possam designar mais de metade dos membros do órgão de administração, de direção ou de fiscalização da empresa⁷⁶.

No arresto *França, Itália e Reino Unido/Comissão*⁷⁷, o Tribunal de Justiça, ao avaliar as competências da Comissão em definir este conceito, reconhece a sua validade, mas clarifica que o objetivo do artigo 2.º da Diretiva não é definir o conceito empresas públicas, tal como aparece no Tratado, mas estabelecer os critérios necessários para delimitar o grupo de empresas cujas relações financeiras com as autoridades públicas devem estar sujeitas ao dever estabelecido pela diretiva de fornecer informações.

A jurisprudência do TJ, no acórdão *Comissão/Itália*⁷⁸, reconhece o facto dos Estados poderem agir, quer no exercício da autoridade pública, quer no exercício de atividades económicas de carácter industrial ou comercial, que se traduzem na oferta de bens ou serviços

⁷⁵ Inicialmente definida na Diretiva 80/723/CEE da Comissão, de 25 de junho de 1980, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas.

⁷⁶ Artigo 2.º, parte final

⁷⁷ Acórdão *França, Itália e Reino Unido/Comissão*, *op. cit.*, cons. 24.

⁷⁸ Acórdão do TJ de 16.06.1987, *Comissão/Itália*, Proc. 118/85, cons. 7.

no mercado. Para se poder operar essa distinção é, portanto, necessário proceder, em cada caso, ao exame das atividades exercidas pelo Estado e determinar a que categoria pertencem.

Para esse efeito, não interessa saber se o Estado atua diretamente através de um organismo que faz parte da administração pública ou através de uma entidade que investiu de direitos especiais ou exclusivos⁷⁹. Para efetuar a distinção é necessário examinar a natureza das atividades exercidas pela empresa pública ou pela autoridade investida pelo Estado de direitos pessoais ou exclusivos⁸⁰.

No âmbito da União Europeia, como visto, o Tribunal de Justiça afasta expressamente o critério formal da personalidade jurídica e consagra o critério funcional⁸¹. Em outras palavras, importa identificar, no caso concreto, se o Estado-Membro exerce uma influência dominante, e, não, a forma que se revestem os estatutos jurídicos ou o modo de financiamento da empresa.

No ordenamento jurídico português, o conceito de empresa pública tornou-se mais abrangente desde o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro, passando a integrar não apenas as empresas constituídas sob forma de sociedade comercial, mas também as entidades públicas empresariais, dando continuidade ao conceito nuclear de empresa pública, definido no Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de abril.

Contudo, a atual disciplina jurídica, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, procedeu um alargamento do âmbito subjetivo de aplicação do regime das empresas públicas, com uma considerável aproximação da definição de direito europeu. O novo regime jurídico passou a abranger todas as organizações empresariais em que o Estado ou outras entidades públicas, possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, influência dominante⁸².

Conforme o artigo 9.º do supracitado decreto, existe influência dominante sempre que as entidades públicas: a) detenham uma participação superior à maioria do capital; b) disponham da maioria dos direitos de voto; c) tenham a possibilidade de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização; d) disponham de participações qualificadas ou direitos especiais que lhe permitam influenciar de forma determinante os processos decisórios ou as opções estratégicas adotadas pela empresa ou entidade participada.

⁷⁹ Acórdão do TJ de 18.03.1997, *Calì & Figli/Servizi Ecologici Porto di Genova*, Proc. C-343/95, cons. 16.

⁸⁰ Acórdão *Calì & Figli/Servizi Ecologici Porto di Genova*, *op. cit.*, cons. 16.

⁸¹ CADETE, Eduardo Maia. *Op. cit.*, p. 38.

⁸² Artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro.

O atual regime jurídico, em seus artigos 2.º e 4.º, instituiu o conceito de sector público empresarial, o qual integra o sector empresarial do Estado, assim como o sector empresarial local. Destarte, introduziu-se uma visão integrada do exercício da atividade empresarial pública, permitindo assim estabelecer um acompanhamento efetivo e eficaz sobre a atividade empresarial desenvolvida quer ao nível estadual, quer ao nível local.

Segundo COUTINHO DE ABREU⁸³, com o novo regime jurídico, tanto as sociedades (sujeitos ou pessoas jurídicas) dominadas pelo Estado, quanto outras entidades públicas estaduais e as EPE (pessoas jurídicas) são “empresas públicas”. Ainda conforme este autor, por norma, as empresas públicas possuem personalidade jurídica (dimensão subjetiva) e são organizações de meios produtivos, empresas em sentido objetivo. Porém, as duas apontadas dimensões destas empresas não têm de coexistir sempre, pode suceder que seja constituída uma sociedade, ou uma EPE, sem que exista ainda o respetivo substrato empresarial, sem empresas em sentido objetivo⁸⁴.

Isto posto, identificamos uma sintonia conceitual entre a formulação das instituições europeias e o ordenamento jurídico português, não somente quanto ao conceito de empresas públicas, como também na determinação da influência dominante sobre essas, o que auxilia o melhor controlo da atuação estatal no setor empresarial.

2.3.2 Direitos especiais ou exclusivos

Como visto, a redação do n.º 1 do artigo 106.º do TFUE diz respeito a determinados tipos de empresas, entre as quais, as empresas a que os Estados-Membros concedam direitos especiais ou exclusivos, usualmente denominadas pela doutrina por “empresas privilegiadas”.

Cumprir destacar que não consideramos essa última expressão a mais apropriada, uma vez que o texto do Tratado garante o princípio da neutralidade concorrencial da intervenção pública nos mercados e, ao se utilizar estes termos, pode-se depreender que existe uma total isenção de aplicação das regras de concorrência a estas empresas, quando a regra geral é inversa.

Dito isto, esclarecemos que os direitos especiais ou exclusivos podem ser atribuídos também às empresas públicas, o que, para efeitos da aplicação do artigo 106.º do TFUE, não

⁸³ COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *As novíssimas empresas públicas (segundo o DL 133/2013)*. Boletim de Ciências Económicas, vol. 57, n.º 1, 2014, p. 52.

⁸⁴ *Ibidem.*, p. 52 e 53.

difere do apontado anteriormente, todavia, uma parte considerável das empresas detentoras de direitos especiais ou exclusivos são de natureza privada.

Nos termos da supracitada *Diretiva Transparência* em seu artigo 2.º, alínea f), entende-se por *direitos exclusivos*, os direitos concedidos por um Estado-Membro a uma empresa, através de qualquer ato legislativo, regulamentar ou administrativo, que lhe reservam o direito de prestar um serviço ou de exercer uma atividade numa determinada área geográfica.

Por seu turno, os *direitos especiais* são, conforme a alínea g) do referido dispositivo⁸⁵, os direitos concedidos a um número limitado de empresas, através de qualquer ato legislativo, regulamentar ou administrativo, que, numa determinada área geográfica: i) limitam a dois ou mais o número de tais empresas, autorizadas a prestar um serviço ou a exercer uma atividade, sem ser em função de critérios objetivos, proporcionais e não discriminatórios; ou ii) designam, sem ser em função de tais critérios, várias empresas em concorrência, como estando autorizadas a prestar um serviço ou a exercer uma atividade; ou iii) conferem a uma ou mais empresas, sem ser em função de tais critérios, quaisquer vantagens de carácter legal ou regulamentar que afetam substancialmente a capacidade de qualquer outra empresa prestar o mesmo serviço ou exercer a mesma atividade na mesma área geográfica sob condições substancialmente equivalentes.

Para efeitos e nos termos do artigo 4.º da *Diretiva Setores*⁸⁶, entende-se por “direitos especiais ou exclusivos” os direitos concedidos por uma autoridade competente do Estado-Membro em causa, por meio de qualquer disposição legislativa, regulamentar ou administrativa que tenha por efeito reservar a uma ou mais entidades o exercício de uma atividade. Conforme a parte final do n.º 3 desta diretiva, os direitos concedidos através de um procedimento em que tenha sido garantida a publicidade adequada e em que a concessão desses direitos se tenha baseado em critérios objetivos não constituem direitos especiais ou exclusivos. Esses processos incluem, por exemplo, os procedimentos de contratação com abertura prévia de concurso.

Sobre esta matéria o Tribunal de Justiça, no arresto *British Telecommunications*⁸⁷, pronunciou-se no sentido de que os direitos exclusivos ou especiais devem ser entendidos, de

⁸⁵ No mesmo sentido temos o artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2008/63/CE da Comissão, de 20 de junho de 2008, relativa à concorrência nos mercados de equipamentos terminais de telecomunicações (Versão codificada).

⁸⁶ Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

⁸⁷ Cf. Acórdão do TJ de 12.12.1996, *British Telecommunications*, Proc. C-302/94, cons. 34.

modo geral, como os direitos que são conferidos pelas autoridades de um Estado-Membro a uma empresa ou a um número limitado de empresas, segundo critérios que não são objetivos, proporcionais e não discriminatórios, e que afetam substancialmente a capacidade das outras empresas de estabelecer ou explorar ou de fornecer serviços no mesmo território, em condições substancialmente equivalentes.

Conclui-se, assim, que os direitos especiais ou exclusivos são aqueles concedidos, sem ter em consideração critérios objetivos, proporcionais e não discriminatórios, por um Estado-Membro a uma empresa ou a um número limitado de empresas, que tenha por efeito reservar o exercício de uma atividade num determinado território. Portanto, através de uma medida legislativa, regulamentar ou administrativa, é conferida proteção a um número limitado de empresas, proteção essa que pode afetar substancialmente a capacidade de outras empresas exercerem a atividade económica em questão no mesmo território, em condições substancialmente equivalentes.

Assim como a definição de empresa pública, o conceito de empresa detentora de direitos especiais ou exclusivos é preponderantemente funcional do que formal. Nessa conformidade, pode-se verificar a existência de um exclusivo, sem que este seja descrito com tal na medida estatal outorgante da reserva de mercado.

Sem embargo, de acordo com o estabelecido pelo TJ⁸⁸, a interpretação do artigo [102.º do TFUE], conjugado com o artigo [106.º do TFUE], conduz à conclusão de que a existência de um monopólio a favor de uma empresa a que um Estado-Membro tenha concedido determinados direitos exclusivos não é só por si incompatível com o artigo [102.º do TFUE].

Como recorda SAUTER⁸⁹, em vários casos, o Tribunal de Justiça não deteve o direito exclusivo, mas a sua extensão em combinação com a responsabilidade regulamentar, o conflito de interesses envolvido, a incapacidade de satisfazer a procura ou abusos de preços que levam às infrações do direito comunitário. Estes casos envolvem, nomeadamente, a infração ao artigo 102.º do TFUE, em casos de abuso de posição dominante cometidos por empresas que gozam de um direito exclusivo, o que conduz a uma infração pela aplicação conjugada dos artigos 106.º, n.º 1, e 102.º do TFUE, com veremos na *parte III*.

⁸⁸ Acórdão do TJ de 30.04.1974, *Sacchi*, Proc. 155/73, cons. 14.

⁸⁹ SAUTER, Wolf. *op. cit.*, 2015. p. 52

2.3.3 Medidas estatais

Nos termos da jurisprudência assente do TJUE, os artigos 101.º e 102.º do TFUE, interpretados em ligação com o artigo 106.º, n.º 1, do TFUE e o artigo 4.º, n.º 3, do TUE, impõe a obrigação dos Estados-membros de não tomarem ou manterem em vigor medidas, mesmo de natureza legislativa ou regulamentar, suscetíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas.

MOURA E SILVA⁹⁰ reforça que se os obstáculos estatais ao mercado interno podem ser mantidos através de práticas empresariais, também estes comportamentos podem ser reforçados ou mesmo substituídos por medidas estatais.

Considerando o critério mais formalista, as medidas estatais são adotadas por intermédio de leis, decretos, regulamentos ou outros instrumentos de direito público, bem como contratos de direito privado no exercício de atividades comerciais. No entanto, como observado nos conceitos-chaves anteriores, as instituições europeias sempre foram relutantes a vincular-se a critérios formais, não sendo distinto nesta seara.

Segundo PAIS ANTUNES⁹¹, a noção de medida visada pelo artigo [106.º, n.º 1] deverá abranger todo e qualquer ato dos poderes públicos, independentemente da forma que tal ato assuma, suscetível de influenciar, em contravenção ao disposto no Tratado, a atividade das empresas sobre cuja gestão o Estado exerce um poder de influência.

Deste modo, a expressão “medida estatal” deve ser interpretada em sentido *lato*, compreendendo, tanto a atividade estatal pelo poder público, como a atividade na qualidade de proprietário ou sócio. Ademais, esta compreende tanto comportamentos positivos da parte dos poderes públicos, bem como a abstenções de agir.

E é esse o caso, quando um Estado-membro impõe ou favorece a conclusão de acordos contrários ao artigo 101.º ou reforça os efeitos de tais acordos ou retira à sua própria regulamentação o seu carácter estatal, delegando em operadores económicos privados a responsabilidade de tomar decisões de intervenção em matéria económica.

⁹⁰ MOURA E SILVA, Miguel. *op. cit.*, 2018. p. 207

⁹¹ PAIS ANTUNES, Luís Miguel. *A aplicação do direito comunitário às relações entre os Estados-Membros e as suas empresas públicas: o artigo 90.º do Tratado CEE*. Boletim Documentação e Direito Comparado, n.º 31/32, 1987. p. 320.

Diante da dificuldade em se definir as “*medidas estatais*” que podem ser consideradas contrárias às regras dos Tratados, especialmente, às regras de concorrências. Faremos uma breve incursão pelas práticas decisórias do Tribunal de Justiça, como forma de identificar as formas mais frequentes.

No acórdão *Bodson/Pompes funèbres*⁹², acerca dos serviços funerários, resulta que as autoridades públicas não podem, numa situação como a do caso em apreço, nem decretar, nem manter “medidas” contrárias às regras do Tratado, em especial às dos artigos [101.º e 102.º]. Consequentemente, *é-lhes proibido ajudar as empresas concessionárias a praticar preços não equitativos, impondo tais preços como condição para a celebração de um contrato de concessão*.

No arresto *Ahmed Saeed Flugreisen*⁹³, o TJ concluiu que a homologação, pelas autoridades aeronáuticas, de acordos tarifários contrários ao artigo [101.º, n.º 1, não é compatível com o direito comunitário, nomeadamente com o artigo [4.º, n.º 3, do TUE]. Daí resulta igualmente que as autoridades aeronáuticas *devem abster-se de qualquer medida que possa ser considerada um encorajamento das companhias aéreas à conclusão de acordos tarifários contrários ao Tratado*. No caso específico das tarifas para voos regulares, esta interpretação do Tratado é confirmada pelo n.º 1 do artigo [106.º] do TFUE, ao dispor que as autoridades nacionais, em relação às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, tais como o de exploração exclusiva, ou em conjunto com uma ou duas outras empresas, de uma ligação aérea, não devem tomar nem manter medidas incompatíveis com as regras de concorrência estabelecidas nos artigos [101.º e 102.º do TFUE].

No caso *Höfner e Elser/Macroton*⁹⁴, sobre um serviço de colocação de emprego, o TJ define que o Estado-membro que concedeu um direito exclusivo de mediação de emprego viola o artigo [106.º], n.º 1, do Tratado ao criar uma situação em que o serviço público de emprego tem necessariamente de violar o disposto no artigo [102.º] do Tratado. O que acontece, designadamente, quando se encontram satisfeitas as seguintes condições: o direito exclusivo estende-se às atividades de colocação de quadros e dirigentes de empresas; o serviço público de emprego *não se encontra manifestamente em condições de satisfazer a procura existente no mercado* para este género de atividades; o *exercício efetivo das atividades de colocação* por

⁹² Acórdão *Bodson/ Pompes funèbres*, *op. cit.*, cons. 34 (grifos acrescidos).

⁹³ Acórdão do TJ de 11.04.1989, *Ahmed Saeed Flugreisen e o./ Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs*, Proc. 66/86, cons. 49 e 50 (grifos acrescidos).

⁹⁴ Acórdão *Höfner e Elser/Macroton*, *op. cit.*, cons. 34 (grifos acrescidos).

agências privadas de consultadoria em matéria de colocação *torna-se impossível devido à manutenção em vigor de uma disposição legal que proíbe estas atividades sob pena de nulidade dos contratos correspondentes*; as atividades de colocação em questão podem alargar-se a cidadãos e territórios de outros Estados-membros.

No arresto *ERT/DEP*⁹⁵, relativo ao serviço de retransmissão televisiva, o TJ conclui que o n.º 1 do artigo [106.º] do Tratado se opõe à atribuição, por um Estado-membro, de um direito exclusivo de retransmissão de emissões televisivas a empresas com direito exclusivo de difusão de emissões, no caso de *estes direitos serem suscetíveis de criar situações em que estas empresas sejam levadas a infringir o artigo [102.º] do Tratado através de uma política de emissão discriminatória em favor dos seus próprios programas*, salvo se a aplicação do artigo [102.º] frustrar a missão particular que lhe foi confiada.

No caso *Merci convenzionali porto di Genova*⁹⁶, as empresas a quem foi concedido (...) o direito exclusivo eram, por esse facto, levadas tanto a exigir o pagamento de serviços não solicitados, como a faturar preços desproporcionados, ou a evitar o recurso à tecnologia moderna, o que implicava um aumento dos custos das operações e a dilatação dos seus prazos de execução, ou a conceder descontos a determinados utilizadores com uma correspondente compensação através do aumento dos preços faturados aos outros utilizadores. Neste sentido, o TJ concluiu que uma regulamentação nacional que tenha por efeito facilitar a exploração abusiva de uma posição dominante e que seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-membros é normalmente incompatível com este artigo, que proíbe as restrições quantitativas à importação, bem como qualquer medida de efeito equivalente, na *medida em que essa regulamentação tenha por efeito tornar mais onerosas e, por conseguinte, entravar as importações das mercadorias provenientes de outros Estados-membros*.

No arresto *GB-Inno-BM*⁹⁷, o TJ elucida que os artigos [3.º, alínea b), 106.º e 102.º do TFUE] *se opõem a que um Estado-membro confira à sociedade exploradora da rede pública de telecomunicações o poder de estabelecer normas relativas aos aparelhos telefónicos e de verificar o seu respeito pelos operadores económicos, quando ela é concorrente destes operadores no mercado desses aparelhos*.

⁹⁵ Acórdão do TJ de 18.06.1991, *ERT/DEP*, Proc. C-260/89, cons. 37 e 38 (grifos acrescentados).

⁹⁶ Acórdão do TJ de 10.12.1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, Proc. C-179/90, cons. 19 e 21 (grifos acrescentados).

⁹⁷ Acórdão do TJ (Quinta Secção) de 13.12.1991, *GB-Inno-BM*, Proc. C-18/88, cons. 28 (grifos acrescentados).

No acórdão *Corsica Ferries*⁹⁸, o TJ conclui que o artigo [106.º], n.º 1, e o artigo [102.º] do Tratado proibem a uma autoridade nacional, ao aprovar as tarifas adotadas por uma empresa titular do direito exclusivo de oferecer serviços de pilotagem obrigatória numa parte substancial do mercado comum, levar esta a *aplicar tarifas diferentes às empresas de transporte marítimo, consoante estas últimas efetuam transportes entre Estados-membros ou entre portos situados no território nacional*, na medida em que o comércio entre Estados-membros é afetado.

De acordo com o acórdão *Raso e o.*⁹⁹, na medida em que o sistema estabelecido pela *lei de 1994 não só concede à antiga companhia portuária transformada o direito exclusivo de fornecer mão-de-obra temporária aos concessionários de terminais* e às outras empresas autorizadas a operar no porto mas, *além disso, lhe permite, concorrer com aquelas no mercado dos serviços portuários*, esta antiga companhia transformada encontra-se numa situação de conflito de interesses (...) A companhia em causa é *levada a abusar do seu monopólio ao impor aos seus concorrentes no mercado das operações portuárias preços excessivos* para o fornecimento de mão-de-obra ou ao *colocar à disposição daqueles uma mão-de-obra menos adaptada às tarefas a executar*. (...) À luz das considerações que antecedem, importa pois responder à terceira questão colocada que os artigos [102.º e 106.º] do Tratado devem ser interpretados no sentido de *que constituem obstáculo a uma norma nacional que reserva a uma companhia portuária o direito de colocar mão-de-obra temporária à disposição das outras empresas que operam no porto em que aquela está estabelecida, quando esta companhia está ela própria autorizada a executar operações portuárias*.

No arresto *Dusseldorp*¹⁰⁰, o TJ responde que o artigo [106.º do TFUE], conjugado com o artigo [102.º], *se opõe a uma regulamentação, como o plano plurianual, nos termos da qual um Estado-Membro obriga as empresas a confiarem os respetivos resíduos destinados a aproveitamento, como sejam os filtros de óleo, a uma empresa nacional à qual concedeu o direito exclusivo de incinerar os resíduos perigosos*, a menos que o tratamento desses resíduos noutro Estado-Membro seja mais eficaz do que o praticado por essa empresa, quando tal regulamentação conduza, *sem razão objetiva e sem que tal seja necessário para o cumprimento de uma missão de interesse geral, a beneficiar a empresa nacional e a aumentar a sua posição dominante*.

⁹⁸ Acórdão do TJ de 17.05.1994, *Corsica Ferries*, Proc. C-18/93, cons. 45 (grifos acrescentados).

⁹⁹ Acórdão do TJ (Sexta Secção) de 12.02.1998, *Raso e o.*, Proc. C-163/96, cons. 28, 30 e 32 (grifos acrescentados).

¹⁰⁰ Acórdão do TJ (Sexta Secção) de 25.06.1998, *Dusseldorp e O.*, Proc. C-203/96, cons. 68 (grifos acrescentados).

No acórdão *Ambulanz Glöckner*¹⁰¹, sobre o serviço de transporte de doente, o TJ conclui que o facto de se reservar para as organizações de saúde, encarregadas do serviço de emergência médica, o serviço de transporte de doentes é suficiente para se qualificar esta medida de direito exclusivo ou especial na aceção do artigo [106], n.º 1, do Tratado. Com efeito, *através de uma medida legislativa, é conferida proteção a um número limitado de empresas, proteção essa que pode afetar substancialmente a capacidade de outras empresas exercerem a atividade económica* em questão no mesmo território, em condições substancialmente equivalentes.

No acórdão *Connect Austria*¹⁰², o TJ recorda que se a *desigualdade de oportunidades entre os operadores económicos e, portanto, a concorrência falseada, for o resultado de uma medida estatal, tal medida constitui uma violação do artigo [106.º, n.º 1, do TFUE], lido em conjugação com o artigo [102.º do TFUE]. (...) Resulta que os artigos [102.º e 106.º, n. 1, do TFUE] se opõem, em princípio, a uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal, que permite atribuir, sem impor uma taxa específica, frequências suplementares na banda de frequências reservada à norma DCS 1800 a uma empresa pública em posição dominante já titular de uma licença GSM 900, quando uma empresa que posteriormente entrou no mercado em causa teve de pagar uma taxa pela aquisição de uma licença DCS 1800.*

O Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de que existe violação [do artigo 4.º, n.º 3 do TUE e artigo 101.º do TFUE] quando um Estado-Membro impõe ou favorece a celebração de acordos contrários ao artigo [101.º do TFUE] ou reforça os seus efeitos, ou retira à sua própria regulamentação o seu carácter estatal, *delegando em operadores privados a responsabilidade de tomar decisões de intervenção de interesse económico*¹⁰³.

No arresto *MOTOE*¹⁰⁴, o TJ responde que uma pessoa coletiva cujas atividades consistem não só em participar nas decisões administrativas que autorizam a organização de competições de motociclos, mas também em organizar ela própria tais competições e em celebrar nesse âmbito contratos de patrocínio, de publicidade e de seguro é abrangida pelo âmbito de aplicação dos artigos [102.º e 106.º do TFUE]. Estes artigos *opõem-se a uma legislação nacional que*

¹⁰¹ Acórdão do TJ (Quinta Secção) de 05.10.2001, *Ambulanz Glöckner*, Proc. C-475/99, cons. 24 (grifos acrescidos).

¹⁰² Acórdão do TJ (Quinta Secção) de 22.05.2003, *Connect Austria*, Proc. C-218/00, cons. 84 e 95 (grifos acrescidos).

¹⁰³ Acórdão *Cipolla e o., op. cit.*, cons. 47 (grifos acrescidos).

¹⁰⁴ Acórdão do TJ (Grande Secção) de 01.07.2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE)*, Proc. C-49/07, cons. 53 (grifos acrescidos).

confere a uma pessoa coletiva, que organiza competições de motociclos e celebra nesse âmbito contratos de patrocínio, de publicidade e de seguro, o poder de emitir um parecer favorável sobre os pedidos de autorização apresentados com vista à organização de tais competições, sem que esse poder esteja sujeito a limites, obrigações e controlo.

Depreende-se, assim, que as medidas estatais, para efeitos de aplicação do artigo 106.º, n.º 1, do TFUE, são aquelas que resultam do exercício do poder de autoridade pública – inclui todos os níveis de autoridades – não obstante a forma ou a natureza jurídica do ato. As medidas estatais abusivas podem ter os mais diversos efeitos, como por exemplo, a fixação de tarifas, discriminação em matéria de preços, limitação da atividade, incapacidade de satisfazer a procura, extensão da posição dominante a mercado conexo, a criação de desigualdades de oportunidades entre operadores económicos e criação de barreiras de acesso ao mercado.

Dentro de uma lógica circular, MOURA E SILVA¹⁰⁵ reafirma a existência de um nexo entre as medidas estatais e as regras aplicáveis às empresas, concluindo que tais medidas devem ser aferidas à luz do respetivo impacto no efeito útil das regras da concorrência, com será visto na *parte III* deste estudo.

Indicadas as questões elementares e feitas as considerações acerca dos fundamentos do n.º 1 do artigo 106.º do TFUE, conclui-se que este, dentro de uma interpretação que lhe é própria, resulta em obrigações aos Estados-Membros, que serviram de motor para a mudança de paradigma da atuação estatal e para o estabelecimento de um mercado interno europeu, como veremos no próximo capítulo.

¹⁰⁵ MOURA E SILVA, Miguel. *op. cit.*, 2018. p. 207

3 INTEGRAÇÃO ECONÓMICA E OS ESTADOS-MEMBROS

Os movimentos de integração económica¹⁰⁶ podem distinguir-se de várias formas, consoante um maior ou menor aprofundamento, desde a integração setorial, criação de zonas de livre comércio, união aduaneira, mercados comuns até uma união económica e monetária. Como sublinhado nas considerações gerais (*capítulo 1*), a atual União Europeia avançou por diferentes técnicas de integração até uma união complexa de Estados, com instituições supranacionais robustas.

Segundo os ensinamentos de PITTA E CUNHA¹⁰⁷, a integração europeia configura-se como um processo em permanente evolução, que implica as alterações dos tratados institutivos, bem como as mudanças de espírito como que o projeto de construção europeia é entendido.

Conforme este autor¹⁰⁸, coexiste na base da conceção da integração comunitária, dois modelos – o supranacionalismo e o intergovernamentalismo –, é compreensível que as Comunidades sejam configuradas como um *quid médium*, movendo-se no interior de um espectro cujos pontos extremos são as organizações internacionais e o Estado federal, tendo umas vezes a aproximar-se, outras a afastar-se deste último arquétipo.

Como destacado por PELKMAN¹⁰⁹, os processos de integração de mercados envolvem, essencialmente, a combinação de duas vertentes integrativas, uma negativa e outra positiva. A integração negativa refere-se à remoção das fronteiras intracomunitárias e de outras barreiras que impedem a livre circulação e o pleno exercício do direito de estabelecimento. A integração positiva, por seu turno, elimina as distorções no mercado único por meio de uma política comum de concorrência e outras competências comuns, como uma política comercial comum, bem como a resolução de deficiências de mercado.

Segundo FREIRE¹¹⁰, a constituição económica da União Europeia tem vindo a desenvolver-se de acordo com um modelo crescentemente centralizado, caracterizado pela formação de um corpo único de normas, emanadas das instituições europeias, disciplinadoras

¹⁰⁶ Sobre a temática ver PORTO, Manuel Carlos Lopes. *Teoria da Integração e Políticas da União Europeia face aos desafios da globalização*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

¹⁰⁷ PITTA E CUNHA, Paulo. *Direito Europeu: instituições e políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 39.

¹⁰⁸ *Ibidem.*, p. 39.

¹⁰⁹ PELKMAN, Jacques. What Strategy for a Genuine Single Market? CEPS Special Report, n.º 126, jan 2016. p. 5.

¹¹⁰ FREIRE, Paula Vaz. *Mercado Interno e União Económica e Monetária: lições de direito económico da união europeia*. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 27.

do mercado interno e da União Económica e Monetária. Subjacente a este modelo encontra-se a ideia de que a *integração negativa*, consubstanciada na proibição de normas nacionais que criem obstáculos, deve ser completada pela *integração positiva*, traduzida na harmonização, bem como, por uma *integração positiva acrescida*, através de novos meios de regulação económica da União.

Conclui-se que, por força da integração económica e, por conseguinte, da imperiosa criação do mercado interno, o direito primário europeu estabelece mecanismos integrativos, sejam eles de natureza positiva (*e.g.*, criação de políticas comuns) ou negativa (*e.g.*, proibição de criação de obstáculos às liberdades fundamentais). Estes mecanismos encontram-se prescritos pelos Tratados e dispersos nas normas derivadas, em razão das competências atribuídas às instituições europeias.

Contudo, como será visto a seguir (*ponto 3.1*), restou evidente que um processo integrativo imperfeito pode ser prejudicial para o projeto europeu, tal facto exigiu das instituições europeias, principalmente da Comissão Europeia, o empenho no aprofundamento dos mecanismos de integração económica, seja por meio de harmonização legislativa ou por liberalização dos mercados nacionais.

Dentre as diversas medidas tomadas, destacamos a utilização dos procedimentos previstos no atual n.º 3 do artigo 106.º do TFUE, que particulariza o princípio da fidelidade ao disposto no Tratado, de modo a evitar que os poderes públicos utilizem a especial relação de supremacia que os liga a certos tipos de empresas para lhes impor comportamentos proibidos pelo Tratado ou para lhes conceder vantagens incompatíveis com o mercado comum.

Assim sendo, o mercado interno europeu e o processo de liberalização estão estreitamente relacionados, esse último pode ser apontado com uma consequência, bem como um instrumento indispensável para o estabelecimento do mercado comum. Deve-se ressaltar que o direito primário estabelece normas de concorrência destinadas às empresas, mas visa, também, garantir mecanismos para que os poderes públicos não ajam de forma contrária ou conceda vantagens incompatíveis com o mercado comum, o que acarreta uma responsabilidade acrescida aos Estados-Membros (*ponto 3.2*).

3.1 Construção do mercado interno¹¹¹ e a liberalização dos mercados

Recorda-se que o Tratado CECA foi o primeiro passo para a criação das instituições europeias supranacionais, iniciando um processo de integração pelo método funcional ou da integração setorial, no caso dois setores importantes no período pós-guerra, o carvão e o aço. A partir da entrada em vigor dos Tratados de Roma e a consolidação das três Comunidades (CEE, CECA e Euratom), tem-se um claro aprofundamento da integração europeia, a qual passa a abranger uma cooperação económica mais ampla.

Neste sentido, o Tratado CEE, em seu artigo 2.º, definia como missão da Comunidade, através do estabelecimento de um mercado comum e da aproximação progressiva das políticas económicas dos Estados-Membros, promover o desenvolvimento harmonioso das atividades económicas e aumentar a estabilidade, o padrão de vida e as relações entre os Estados. O artigo 3.º, por seu turno, a enumerava princípios como: a união aduaneira, a eliminação de restrições quantitativas a entrada e saída de mercadorias, eliminação dos obstáculos à livre circulação de pessoas, serviços e capitais, bem como um regime de concorrência não falseada no mercado comum.

Contudo, no início dos anos 80, restaram evidentes as debilidades decorrentes de um processo integrativo incompleto, razão pela qual as instituições comunitárias empenharam-se no aprofundamento dos mecanismos de integração económica. Neste sentido, foi apresentado, em junho de 1985, o Livro Branco “*Completing the Internal Market*”¹¹², como um calendário minucioso para a implementação de mais de 300 medidas propostas pela Comissão, com a finalidade de remover barreiras físicas, técnicas e fiscais.

Em 1987, por influência do Livro Branco e com a entrada em vigor do AUE, foram inseridas no Tratado de Roma novas disposições sobre políticas macroeconómicas, que tinham

¹¹¹ Esclarecemos que, no presente trabalho, as expressões *mercado único*, *mercado comum* e *mercado interno* europeu são tidas como sinónimos, ainda que a última seja preferencialmente a utilizada, por assim estar nos Tratados. Sobre esta questão, o Relatório Monti sugere que os cidadãos europeus são suscetíveis de compreender a expressão “*mercado interno*” como referindo-se ao seu próprio mercado nacional, em vez de ao mercado de toda a União. Ademais, quando utilizada com interlocutores não europeus, a expressão “*mercado interno*” europeu pode transmitir uma impressão de encerramento. Por isto, depreende que “*único*” é uma descrição que transmite um maior empenho. Conclui que o mercado de qualquer produto ou serviço específico da UE é “*interno*” por definição, mas requer a tomada de medidas por parte dos decisores políticos e dos participantes no mercado, para ser realmente “*único*” e não fragmentado. MONTI, Mario. *Uma Nova Estratégia para o Mercado Único: ao Serviço da Economia e da Sociedade Europeias. Relatório apresentado ao Presidente da Comissão Europeia*. Maio, 2010 p. 14.

¹¹² COMISSÃO EUROPEIA. *Completing the Internal Market*. White Paper from the Commission to the European Council (Milan, 28-29 June 1985), COM (85) 310 final, de 14.06.1985.

por objetivo dar impulso à integração europeia e ao mercado interno, assim como inovações no campo das políticas sociais.

Rememora-se que o Ato Único Europeu declarou que a Comunidade deveria procurar completar o mercado interno até dezembro de 1992, especificando, igualmente, que este deveria assegurar um espaço sem fronteiras internas. Segundo SWANN¹¹³, o AUE consistiu num ato de consolidação altamente significativo, que continha compromissos para levar adiante a integração e proporcionar melhorias no modo de funcionamento da Comunidade.

No seguimento destas ações e de um importante esforço empreendido por parte das instituições europeias, dos Estados-Membros e dos agentes económicos, permitiu-se que, no final de 1992, aproximadamente 90% das medidas previstas no Livro Branco fossem efetivamente adotadas.

Com o Tratado de Maastricht, sublinhou-se o sentido da organização económica pretendida, desde o início, para o processo de integração europeia, ao estabelecer-se que a ação dos Estados-Membros e da Comunidade implicava a adoção de uma política económica baseada na estreita coordenação das políticas económicas dos Estados-Membros, no mercado interno e na definição de objetivos comuns, e conduzida de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência.

Hodiernamente, de acordo com a redação do artigo 26.º, n.º 2, do TFUE, o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados. Neste sentido, a União adota as medidas destinadas a estabelecer o mercado interno ou a assegurar o seu funcionamento, nos termos do n.º 1 do supracitado artigo.

Para FROUFE¹¹⁴, o que caracteriza o mercado comum é, no fundo, a institucionalização de um regime económico de liberdade circulatória de todos os fatores de produção e de concorrência. Conclui que a matriz, em termos de sistema económicos, definidora do Mercado Interno acaba por corresponder à denominada economia de mercado, assente na liberdade económica (artigos 119.º e 120.º do TFUE), embora seja de salientar a preocupação, em termos de programa político, da integração e do equilíbrio social (artigo 3.º, n.º 3, do TUE).

¹¹³ SWANN, Dennis. *The Economics of the Common Market: Integrations in the European Union*. 8ª ed. Harmondsworth: Penguin Books, 1995. p. 20.

¹¹⁴ FROUFE, Pedro Madeira. Mercado interno. In: BRANDÃO, Ana Paula, et. al. *Enciclopédia da União Europeia*. Lisboa: Petrony, 2017. p. 255 e 256.

No âmbito do direito europeu, a política da concorrência é instrumental para construir o mercado interno. Segundo MATEUS¹¹⁵, o objetivo da União não é só construir um espaço em que existe liberdade de trocas como de movimento de bens e serviços, capitais e pessoas, como também criar condições similares para a atuação das empresas, qualquer que seja a sua localização.

Desta forma, verifica-se que o objetivo do mercado interno, desde o Tratado de Roma até a atualidade, é gerar um crescimento adicional, para além do que cada Estado-Membro poderia alcançar sem esta profunda integração e cooperação. Assim, a construção de um mercado interno europeu e o processo de liberalização estão estreitamente relacionados, esse último pode ser apontado com uma consequência, bem como um instrumento indispensável para o estabelecimento do mercado interno.

VAN MIERT¹¹⁶ assevera que, nos setores tradicionalmente fundamentados na intervenção estatal, a aplicabilidade das regras de concorrência, do modo sustentado pelo Tribunal de Justiça e pela Comissão, agiu como um estopim para o subsequente processo de liberalização. Enquanto que nos setores plenamente liberalizados, a ação das instituições europeias tem por objetivo garantir que o benefício esperado da liberalização se materialize efetivamente.

De acordo com AZEVEDO¹¹⁷ no novo modelo de intervenção pública, em que a função de regulação da economia ganha predominância sobre as funções tradicionais de redistribuição e de estabilização macroeconómica, o processo de construção comunitária tem contribuído, de forma decisiva, para essa mudança, ao evidenciar atributos específicos que favorecem particularmente a reordenação das funções públicas de intervenção na economia, estimulando a anunciada mutação de paradigma de governo económico.

De acordo com a autora supracitada¹¹⁸, podemos apontar três razões para esta mudança de paradigma: i) a União, com as estruturas supranacionais *sui generis*, consolidou, no âmbito da construção comunitária, a dimensão da regulação como uma intervenção indireta na economia; ii) a dimensão da regulação económica corresponde a uma dimensão reflexa dos processos de liberalização, mediante o desmantelamento de monopólios públicos, num esforço

¹¹⁵ MATEUS, Abel M. *op. cit.*, 2006.

¹¹⁶ VAN MIERT, Karel. *The Liberalization of the Economy of the European Union: The Game is not (yet) Over*. In GERADIN, Damien, eds. *The Liberalization of State Monopolies in the European Union and Beyond*. The Hague: Kluwer Law International, 2000. p. 12.

¹¹⁷ AZEVEDO, Maria Eduarda. *Temas de Direito da Economia*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2018. p. 211 e 212.

¹¹⁸ *Idem.*, p. 212.

no sentido da promoção de valores de mercado e da abertura de setores económicos à concorrência; *iii*) a circunstância de as políticas e os processos de regulação estarem globalmente menos dependentes de condicionamentos orçamentais.

Destarte, pode-se apontar que o processo de liberalização dos mercados nacionais é especialmente relevante para o cumprimento dos objetivos da União, nomeadamente, na construção do mercado interno. O processo de liberalização tem por escopo geral alterar a forma de intervenção estatal na economia e, por conseguinte, abrir setores, tradicionalmente submetidos a égide estatal, à concorrência. No seguimento do AUE, podemos destacar os esforços das instituições europeia nos seguintes setores económicos: transportes aéreos, setores da energia, telecomunicações, serviços postais. Passamos a fazer breves apontamentos sobre os dois primeiros.

Quanto à viação civil, sublinhamos que os diversos pacotes de medidas europeias para os transportes aéreos, com início em 1987, gradualmente, alteraram os mercados nacionais, protegidos por monopólios estatais, para um mercado único europeu dos transportes aéreos. Neste sentido, a aviação tornou-se o primeiro meio de transporte e, de certo modo continua a ser o único, a conseguir a abertura à concorrência e a concretização de um mercado plenamente integrado. Este processo visou garantir condições de concorrência equitativas, a liberdade de fixação de tarifas, eliminação de barreira de acesso ao mercado, acesso equitativo aos aeroportos e aos serviços aeroportuário, bem como a segurança da aviação, a qualidade do serviço, os direitos dos passageiros, condições laborais e proteção ambiental.

No tocante ao setor da energia, composto pelos mercados de eletricidade, gás e petróleo, uma série de medidas para a abertura gradual à concorrência vêm sendo tomadas desde 1996, quando a maior parte dos mercados nacionais eram objeto de monopólio.

No que diz respeito ao mercado da eletricidade, setor relevante para a perceção das questões na *parte III* deste trabalho, o primeiro passo de liberalização foi dado pela Diretiva 96/92/CE, de 19 de dezembro de 1996. No seguimento do segundo pacote do setor da energia foi adotada a Diretiva 2003/54/CE, de 26 de junho de 2003, sobre o mercado interno da eletricidade, e o Regulamento (CE) n.º 1228/2003, de 26 de junho de 2003, relativo às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de eletricidade. Por fim, no terceiro pacote da energia, em 2009, restaram aprovados a Diretiva 2009/72/CE, de 13 de julho de 2009, e o Regulamento (CE) n.º 714/2009, de 13 de julho de 2009, que modernizam o segundo pacote. Entre as medidas tomadas neste processo apontamos a promoção da separação efetiva das redes

e das atividades de produção e de comercialização; criação de um sistema de autorizações transparentes no mercado de produção; incentivo a modernização das redes de distribuição de forma não discriminatória; promoção à interligação e aos níveis adequados de fornecimento; acesso equitativo à rede por parte dos novos operadores; a proteção dos consumidores; segurança no fornecimento energético; e o incentivo a utilização de fontes renováveis.

Feitas estas considerações, recorda-se que parte destes setores permanecem parcialmente sob controle estatal ou sujeitas a regras especiais. Neste sentido, como visto as normas de direito primário europeu preveem uma paridade de armas entre as empresas e que, em regras, as normas de concorrência são aplicáveis as empresas que exerçam uma atividade económica, sejam estas de natureza estatal ou privada, preveem igualmente mecanismos de controlo da atividade estatal nos mercados.

Neste sentido temos o n.º 3 do artigo 106.º do TFUE como instrumento estratégico, no qual a Comissão pode utilizar para acelerar a liberalização de mercados e criação de verdadeiros mercados internos, quando os Estados-Membros insistem em proteger os operadores históricos ou “campeões nacionais”. Da mesma forma são ainda utilizados como fundamento de combate destes tipos de medidas estatais, as obrigações previstas no artigo 4.º, n.º 3, TUE e a garantia das liberdades económicas.

Antes de mais, cumpre destacar o apontado por SWANN¹¹⁹ em 1995, segundo o qual o mercado interno implicava questões diversas e, por isto, em suas palavras, “*never going to be a fait accompli. There will be a constant need for vigilance on the part of the Commission and no doubt its legitimate interventions will from time to time be vilified as unwarranted meddling*”.

Não obstante, no final do século passado, diversos intervenientes consideraram o mercado único como concluído. Verificou-se, assim, uma concentração das energias políticas dentro da União noutras questões, igualmente, decisivas para a integração europeia – como a união monetária, o alargamento do número de Estados-Membros e a reforma institucional – e um certo esquecimento acerca do aprofundamento do mercado interno europeu e seus novos desafios.

Ademais, deve-se ter em mente que diante da complexidade económica e política da integração europeia, esta passa com as flutuações entre fases otimistas e pessimistas em relação

¹¹⁹ SWANN, Dennis. *op. cit.*, 1995, p. 377.

ao projeto europeu. Noutros termos, o aprofundamento da União está intimamente relacionado com política e os efeitos socioeconómicos no Estado, *e.g.*, a crise financeira mundial e a crise das dívidas soberanas dos países europeus, e, mais recentemente, as questões de segurança pública, como o terrorismo, bem como a crise humanitária e migratória no mediterrâneo.

Como sumariado no Relatório Monti¹²⁰, antes da crise, verificou-se um “cansaço da integração”, com uma resistência à lógica do mercado único. Confirmou-se, no decorrer da crise, que a União não era dotada dos poderes e mecanismos necessários para a gestão destas situações, que não havia atingido o “ponto de não retorno”. Na sequência, o apoio à economia de mercado tornou-se menos generalizado e menos convicto do que nos anos 80. Assim sendo, temos um “cansaço dos mercados” em conjunto com um “cansaço de integração”, razão pela qual defende um novo aprofundamento da integração económica de forma a ultrapassar estas questões.

De acordo com um Relatório da Comissão Europeia¹²¹, a integração económica na União é um processo complexo que requer não apenas a eliminação de barreiras legais e regulatórias, mas a integração de mercado efetiva e efetiva que pode permitir uma alocação eficiente de recursos. Após a crise financeira mundial de 2007/2008 e a crise das dívidas soberanas de 2010/2011, constatou-se que, além disso, também é necessário fornecer o ambiente de governança adequado para garantir a estabilidade e uma operação suave no mercado.

Considerando os diversos desafios sociais e políticos, bem como a evolução tecnológica, impõe-se afirmar que o mercado interno nunca estará “*completo*”. Neste sentido, a Comissão Europeia encontrar-se a dar novos impulsos ao mercado único com uma série de ações, nomeadamente, a união dos mercados de capitais, com esforços para aumentar o investimento, melhorar a competitividade e o acesso ao financiamento; com o aprimoramento do mercado interno da energia; o mercado único digital, como forma de melhorar o acesso a bens e serviços e maximizar a economia digital na Europa; e pacotes de medidas para promover a mobilidade de trabalhadores.

3.2 Responsabilidade particular dos Estados-Membros

Rememora-se que o n.º 3 do artigo 4.º do TUE impõe um dever de cooperação leal dos Estados-Membros para como a União e que o artigo 106.º do TFUE diz respeito às medidas

¹²⁰ MONTI, Mario. *op. cit.*, 2010 p. 24-25.

¹²¹ COMISSÃO EUROPEIA. Relatório sobre a Integração no Mercado Único e a Competitividade na UE e nos seus Estados-Membros, SWD (2015) 203 final, de 28.10.2015. p. 89, p. 89

estatais, relativamente às empresas públicas e empresas detentoras de direitos exclusivos ou especiais, contrárias ao Tratado.

Como visto, em regra, os artigos 101.º e 102.º do TFUE são dirigidos às empresas, enquanto que o artigo 106.º, n.º 1, tem por destinatário os Estados-Membros. No início do processo de integração a aplicação conjugada destes artigos não foi tratada com a devida atenção, no entanto, com a intensificação da atuação da Comissão, designada a consolidar o mercado interno e remover as barreiras ainda existentes no final da década de 80, diversos casos foram debatidos pelos órgãos jurisdicionais europeus, são estes: *Höfner e Elser/Macroton*; *ERT/DEP*, *Merci convenzionali porto di Genova*; *GB-INNO-BM*¹²²; e *Corbeau*.

Os diversos acórdãos indicaram que a aplicação do atual artigo 106.º, n.º 1, com os artigos 101.º e 102.º é complexa e exige uma ponderação de interesses. A dificuldade nestes casos, e por consequência da jurisprudência, é determinar as circunstâncias em que um Estado-Membro pode ser responsável, nos termos do artigo 106.º, n.º 1, por violação do artigo 102.º do TFUE.

Quanto ao artigo 106.º do TFUE, o Advogado-Geral TESAURO,¹²³ no arresto *França/Comissão*, pronunciou-se sobre a “*obscura clareza*” do artigo 37.º em oposição à “*clara obscuridade*” do artigo 106.º, nos seguintes termos, vejamos:

Numa perspetiva mais geral, assinale-se em seguida que a clara obscuridade do artigo [106.º] [...], não se deve certamente ao acaso ou a uma imprevista dificuldade de redação, mas à dificuldade objetiva de conciliar a própria ideia de um monopólio ou de uma empresa beneficiária de direitos exclusivos com um regime de concorrência livre e de mercado comum. Esta dificuldade resulta, em meu entender, da contradição de fundo de todo o projeto comunitário consagrado no Tratado entre, por um lado, a previsão concreta de um mercado comum e de um regime de concorrência livre e, por outro, a manutenção da possibilidade de os Estados-membros procederem às suas opções em matéria de política económica, salvo a eventualidade de coordenação.

Neste sentido, arriscar-se-ia pôr em questão a própria legalidade da existência dos direitos exclusivos, semelhantemente aos casos de monopólio comercial, previstos no artigo 37.º do

¹²² Este conjunto de arrestos lavrados pelo Tribunal de Justiça no início da década de 90 é, comumente, nomeado como *os casos de 1991*. Ver Acórdão do TJ de 23.04.1991, *Höfner e Elser/Macroton*, Proc. C-41/90; Acórdão do TJ de 18.06.1991, *ERT/DEP*, Proc. C-260/89; Acórdão do TJ de 10.12.1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, Proc. C-179/90; Acórdão do TJ (Quinta Secção) de 13.12.1991, *GB-Inno-BM*, Proc. C-18/88; e Acórdão do TJ de 19.05.1993, *Corbeau*, Proc. C-320/91.

¹²³ Conclusões do Advogado-Geral Guiseppe Tesauró de 13.02.1990, *França/Comissão*, Proc. 202/88, cons. 11.

TFUE. Isto decorrer pois não é totalmente claro se a atribuição de um direito exclusivo constitui uma infração, se não for abrangida pela derrogação, prevista no artigo 106.º, n.º 2, do TFUE.

Numa primeira interpretação, a existência de um monopólio ou de um regime de direitos especiais ou exclusivos pode ser tida como presumidamente ilícita, por não estar em conformidade com um sistema baseado na livre concorrência.

No entanto, é evidente que o Tratado ao pretender ser coerente com o artigo 345.º e os objetivos da União, tem a intenção de tolerar os monopólios e os regimes de direitos especiais ou exclusivos – considerando-os em si legais –, todavia, atribuindo, à Comissão a incumbência de atuar para garantir o respeito às liberdades económicas e à livre concorrência, sem prejuízo da eventual derrogação prevista no n.º 2 do artigo 106.º do TFUE.

TESAURO¹²⁴ conclui que assim se explica a formulação aparentemente obscura, mas oportunamente equilibrada, quer do artigo 37.º, quer do n.º 1 do artigo 106.º, e, em especial, a “adaptação” dos monopólios comerciais pretendida pelo artigo 37.º, através do mecanismo da recomendação, além dos poderes de vigilância conferidos à Comissão pelo n.º 3 do artigo 106.º, bem como, “sempre que necessário”, a possibilidade de utilizar os instrumentos, por hipótese mais incisivos, da diretiva e da decisão, sempre com o intuito de melhor exercer o seu dever de vigilância.

Nas palavras de BUENDIA SIERRA,¹²⁵ *the particular sensitive nature of the subject of monopolies made the interpretation of article [37.º] difficult and led to the case law having a chequered history. In the case of article [106.º] the problem was aggravated by the wider scope of this article, its greater liberalizing effect and, above all, the capacity of the Commission to adopt directives under paragraph 3. These factors have meant that article [106.º] is politically highly sensitive and much difficult to interpret than other Treaty provision.*

Neste sentido, de acordo com o entendimento do TJ no acórdão *Corbeau*¹²⁶, embora o mero facto de um Estado-Membro criar uma posição dominante através da concessão de direitos exclusivos não ser como tal incompatível com o artigo [102.º], o Tratado obriga, todavia, os Estados-Membros a não adotarem e a não manterem em vigor medidas suscetíveis de retirar efeito útil a esta disposição. Por essa razão, o artigo 106.º, n.º 1, do TFUE, prevê que os Estados-Membros, no que respeita às empresas a que concedem direitos especiais ou

¹²⁴ Conclusões do Advogado-Geral Guiseppe Tesauró, *França/Comissão*, *op. cit.*, cons. 24.

¹²⁵ BUENDIA SIERRA, Jose Luis. *op. cit.*, 2000. p. 129-130.

¹²⁶ Acórdão *Corbeau*, *op. cit.*, cons. 11 a 16.

exclusivos, não adotem nem mantenham em vigor qualquer medida contrária designadamente às regras do Tratado em matéria de concorrência. Esta disposição deve ser lida em conjugação com o disposto no n.º 2 do mesmo artigo, de modo a analisar em que medida a restrição à concorrência, ou mesmo a exclusão de qualquer concorrência, dos outros agentes económicos, será necessária para o titular do direito exclusivo cumprir a sua missão de interesse geral e, em especial, beneficiar de condições economicamente aceitáveis.

Em outros termos, o artigo 106.º, n.º 1, do TFUE diz respeito às empresas por cujo comportamento os estados devem assumir uma responsabilidade particular em virtude da influência que podem exercer sobre esse comportamento. Trata-se, essencialmente, de assegurar que a intervenção dos poderes públicos, junto destas empresas não tenha como objetivo ou como resultado restringir ou falsear a concorrência ou introduzir distorções nas relações destas empresas com as empresas privadas¹²⁷.

No acórdão *França, Itália e Reino Unido/Comissão*¹²⁸, restou consagrado que, diferentemente das regras de auxílios estatais, o artigo [106.º] refere-se apenas àquelas empresas por cuja ação o Estado deve assumir uma responsabilidade particular, devido à influência que pode exercer sobre tal ação.

Por sua vez, BUENDIA SIERRA¹²⁹ alerta que “*the existence of an infringement by Member State of Article 106 (1) in combination with article 102 does not exclude the possibility that the same facts could lead to a parallel infringement of article 102 by undertakings*”.

Verifica-se uma responsabilidade particular dos Estados, em não distorcer a concorrência, devido à influência que podem exercer sobre as empresas detentoras de direitos exclusivos ou especiais. Considerando a multiplicidade de aplicações, restringiremos a nossa análise a aplicação conjugada do artigo 106, n.º 1, do TFUE, com as situações de abuso de posição dominante, disposto no artigo 102.º do TFUE, que iremos tratar na próxima parte deste trabalho.

¹²⁷ Conclusões do Advogado-Geral José Luís da Cruz Vilaça, *Bodson/Pompes funèbres*, op. cit., cons. 67 e 68.

¹²⁸ Acórdão *França, Itália e Reino Unido/Comissão*, op. cit., cons. 12.

¹²⁹ BUENDIA SIERRA, Jose Luis. op. cit., 2000. p. 150.

PARTE II

O ARTIGO 102.º DO TFUE

4 POSIÇÃO DOMINANTE

Como observado na *parte I* do presente estudo, o artigo 3.º, n.º 3, do TUE consagra o estabelecimento do mercado interno, que, em conformidade com o Protocolo n.º 27 anexo aos Tratados, assegura um sistema no qual a concorrência não seja falseada.

Ademais, as regras de concorrência no mercado interno têm por finalidade evitar que a concorrência seja falseada em detrimento do interesse geral, das empresas individuais e dos consumidores, contribuindo, deste modo, para o bem-estar económico¹³⁰. Dentre estas normas, temos os artigos 101.º, 102.º, 106.º e 107.º do TFUE, que são necessárias para o funcionamento do mercado interno, como decorre da alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º do TFUE.

Como visto, de forma a garantir o bom funcionamento da União e, por conseguinte, o cumprimento das disposições dos Tratados, o TUE prevê, em seu artigo 4.º, n.º 3, uma obrigação genérica aos Estados-Membros. Desta forma, esses devem tomar todas as medidas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados, assim como absterem-se de qualquer medida suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos da União.

O artigo 106.º, n.º 1, do TFUE, por sua vez, impõe uma obrigação específica aos Estados, quanto às empresas públicas e às empresas detentoras de direitos especiais ou exclusivos, segundo o qual não tomarão nem manterão qualquer medida contrária, designadamente, ao princípio da não-discriminação e às normas de direito da concorrência. Contudo, o dispositivo em causa não pode ser aplicado de modo autónomo, este impõe uma leitura conjugada, principalmente, com os artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Em apertada síntese, o direito primário ao garantir um sistema no qual a concorrência não seja falseada, bem como o dever de cooperação leal dos Estados e a proibição de práticas restritivas da concorrência (e.g. colusões e abusos de posição dominante), institui, assim, obrigações aos Estados-Membros de salvaguardar o efeito útil das normas de concorrência, em especial, as dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

¹³⁰ Acórdão do TJ de 22.10.2002, *Roquette Frères*, Proc. C-94/00, cons. 42.

Diante dos diversos empregos do artigo 106.º, n.º 1, do TFUE, no presente estudo restringiremos a nossa análise a aplicação conjugada deste dispositivo com as situações de abuso de posição dominante, definido no artigo 102.º do TFUE, objeto de estudo da *parte II* deste trabalho.

Nos termos da primeira parte do artigo 102.º do TFUE, é incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Ainda de acordo com este dispositivo, as práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; b) limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos

Assim sendo, o artigo 102.º do TFUE visa prevenir, em suma, os abusos de exclusão e exploração por parte de empresas dominantes, no sentido de proteger a concorrência no mercado e gerar benefícios aos consumidores, sem estabelecer, contudo, os métodos e critérios adequados para definir as hipóteses de abuso de posição dominante.

Deste modo, como abordaremos no *capítulo 5*, compete aos aplicadores do direito e às instituições europeias, em especial, ao Tribunal de Justiça, realizar uma interpretação, conforme os princípios delineados no Tratado de Lisboa, e uma harmonização da aplicabilidade destas normas.

Antes de mais, no presente capítulo, iremos fazer breves comentários sobre a noção de uma empresa em posição dominante (*ponto 4.1*), bem como a delimitação do mercado relevante para o direito comunitário e a definição do poder de mercado (*ponto 4.2*). Por fim, abordaremos, com base na jurisprudência do Tribunal de Justiça, a especial responsabilidade das empresas em posição dominante de não permitir que a sua conduta obste a uma concorrência efetiva e não falseada no mercado interno (*ponto 4.3*).

4.1 A existência de uma posição dominante

O Tribunal de Justiça no histórico Acórdão *Continental Can*¹³¹ estabelece que para respeitar os princípios e atingir os objetivos enunciados no Tratado, os artigos 101.º a 106.º preveem normas gerais aplicáveis às empresas. O artigo 101.º aplica-se aos acordos entre empresas, decisões de associação de empresas e práticas concertadas, ao passo que o artigo 102.º se refere à ação unilateral de uma ou várias empresas. Em planos diferentes, os artigos 101.º e 102.º têm a mesma finalidade, a saber, a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado comum.

Tendo em conta estas considerações, o TJ¹³² concluiu que, a condição imposta pelo artigo 102.º, deve ser interpretada no sentido de que, para ser proibida, a exploração de uma posição dominante deve ter sido exercida de forma abusiva, razão pela qual o dispositivo enumera, a título exemplificativo, as formas de exploração abusiva de posição dominante proibidas pelos Tratados.

Assim sendo, como resulta da leitura do preceito em causa, esse pressupõe a detenção de uma posição dominante por parte da empresa, todavia, não define o conceito de “empresa dominante” ou “posição dominante” para efeitos de aplicação das disposições dos Tratados.

Ante à inexistência de definição para o conceito “*posição dominante*” pelo direito comunitário originário, a jurisprudência do Tribunal de Justiça assentou em suas decisões que “posição dominante diz respeito a uma situação de poder económico detida por uma empresa, que lhe dá o poder de impedir a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em questão, ao possibilitar-lhe a adoção de comportamentos independentes, numa medida apreciável, relativamente aos seus concorrentes, aos seus clientes e, por fim, relativamente aos consumidores”¹³³.

FORGIONI¹³⁴ assinala que a posição dominante é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido pelo agente no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar com um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis do mercado.

¹³¹ Acórdão do TJ de 21.02.1973, *Continental Can*, Proc. 6/72, cons. 24 e 25.

¹³² *Ibidem.*, cons. 26.

¹³³ Acórdão do TJ de 13.02.1979, *Hoffmann-La Roche/Comissão*, Proc. 85/76, cons. 38.

¹³⁴ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 8.ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 263

Cumpra destacar que o conceito de posição dominante, tem um pressuposto distinto ao monopólio¹³⁵, visto que para ocupar esta posição não é necessário que uma empresa tenha eliminado toda e qualquer possibilidade de concorrência¹³⁶. Contudo, essa condição possibilita a adoção de comportamentos independentes por parte da empresa dominante, bem como tem o poder de obstar a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa.

Neste contexto, conforme o entendimento do TJ¹³⁷, ao proibir a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros, o artigo [102.º do TFUE] visa os comportamentos que podem influenciar a estrutura de um mercado, no qual, precisamente em consequência da presença de uma empresa em tal posição, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm por efeito impedir, através do recurso a mecanismos diferentes dos que regulam a concorrência normal de produtos ou de serviços com base nas prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência.

A construção jurisprudencial destacou, ainda, que a constatação da existência de tal posição dominante não implica, em si, qualquer censura à empresa, pois o artigo 102.º do TFUE não pretende proibir que uma empresa conquiste, pelos seus próprios méritos, a posição dominante num mercado¹³⁸. Destarte, conforme o recente acórdão *Intel/Comissão*¹³⁹, o dispositivo em causa proíbe que uma empresa que detenha uma posição dominante leve a cabo práticas que produzam efeitos de eliminação dos seus concorrentes considerados tão eficazes como ela própria, e reforce a sua posição dominante através do recurso a meios diferentes daqueles que decorrem de uma concorrência pelo mérito.

Acrescenta-se, no entanto, que incumbe à empresa que detém uma posição dominante uma responsabilidade especial de não prejudicar, através do seu comportamento, uma concorrência efetiva e não falseada no mercado interno, conforme veremos no *ponto 4.3*.

¹³⁵ POSNER, didaticamente, explica o comportamento do monopolista no mercado. Nas palavras desse autor, “*the sole seller of a product, a “monopolist”, need not worry, or at least need not worry as much, that if he raises his price above what a normal competitive price would be (...) there are no other sellers. True, the higher price will give firms in other markets an incentive to enter this one in order to reap the monopoly profits available there. But presumably entry into the market will take time, so that unless the formation of the monopoly was anticipated well in advance the monopoly will enjoy a significant though not necessary a permanent power over price.*” POSNER, Richard A. *Antitrust law*. 2ª ed. Chicago: University of Chicago Press, 2001. p. 10.

¹³⁶ Acórdão do TJ de 14.02.1978, *United Brands/Comissão*, Proc. 27/76, cons. 113.

¹³⁷ Acórdão do TJ de 02.04.2009, *France Télécom/Comissão*, Proc. C-202/07 P, cons. 104.

¹³⁸ Acórdão do TJ de 17.02.2011, *TeliaSonera Sverige*, Proc. C-52/09, cons. 24.

¹³⁹ Acórdão do TJ (Grande Secção) de 06.09.2017, *Intel/Comissão*, Proc. C-413/14 P, cons. 136.

Em síntese, a empresa dominante tem o poder de adotar medidas independentes das condições do mercado, bem como de impedir a manutenção de uma concorrência efetiva. Embora a detenção desta posição por uma empresa não seja, *per se*, proibida pelos Tratados, a atuação unilateral da empresa em posição dominante deve ser revestida de uma responsabilidade especial em não prejudicar, através do seu comportamento, uma concorrência efetiva e não falseada no mercado interno ou nacional.

É mister, portanto, de modo a determinar se uma empresa detém ou não uma posição dominante na aceção do artigo 102.º do TFUE, a delimitação do mercado em causa, tanto do ponto de vista do produto ou serviço, como do geográfico¹⁴⁰, como será visto a seguir.

Neste sentido, verifica-se que esta disposição normativa pretende “criar” um sistema de controlo do comportamento das empresas em posição dominante no mercado, proibindo as condutas tidas prejudiciais aos consumidores e à concorrência efetiva. No *capítulo 5*, será visto como as instituições europeias vêm definindo e densificando a noção de abuso de posição dominante.

4.2 Delimitação do mercado relevante e o poder de mercado

Antes de mais, cumpre esclarecer que, em respeito aos objetivos do presente estudo, não iremos aprofundar a análise do poder de mercado e dos métodos de definição do mercado relevante¹⁴¹ no direito da concorrência, muito menos exaurir a relação entre estes dois aspetos. Pretende-se, efetivamente, situar estas questões como fundamentos na identificação de uma posição dominante e do abuso desta posição.

A definição de mercado constitui um instrumento para identificar e definir os limites da concorrência entre as empresas, tem por objetivo principal apontar de forma sistemática os condicionalismos concorrenciais que as empresas em causa têm de enfrentar. O objetivo de definir um mercado, tanto em função do seu produto, como em função da sua dimensão geográfica, é o de identificar os concorrentes efetivos das empresas em causa suscetíveis de

¹⁴⁰ Acórdão *United Brands/Comissão*, *op. cit.*, cons. 10.

¹⁴¹ Para um estudo aprofundado sobre esta temática, ver a obra: FERRO, Miguel Sousa. *A definição de mercados relevantes no direito europeu e português da concorrência: teoria e prática*. Coimbra: Almedina, 2015.

restringir o seu comportamento e de impedi-las de atuar independentemente de uma pressão concorrencial efetiva¹⁴².

Como visto, para verificar se existe um abuso de posição dominante, é condição prévia necessária determinar se a empresa em causa detém uma posição dominante num dado mercado. Neste sentido e segundo FERRO¹⁴³, o conceito de posição dominante assenta na identificação do poder de mercado e do grau de pressão concorrencial, e, portanto, é absolutamente indissociável da delimitação do mercado em causa. Ressalva que para além do recurso às presunções positivas e negativas de posição dominante, em função das quotas de mercado, a identificação do mercado relevante é indispensável para ponderar os múltiplos fatores que podem justificar a presença ou ausência de posição dominante, independentemente da quota de mercado.

O TJ¹⁴⁴ reconheceu que a existência de uma posição dominante resulta geralmente da reunião de diversos fatores que, isoladamente tomados, não seriam necessariamente determinantes. A Comissão¹⁴⁵, por sua vez, estabeleceu que na avaliação da posição dominante terá em consideração a estrutura concorrencial do mercado e, nomeadamente, os seguintes fatores: *i*) pressões resultantes dos fornecimentos de concorrentes atuais e da sua posição no mercado (a posição no mercado da empresa em posição dominante e dos seus concorrentes); *ii*) pressões resultantes de um risco credível de uma futura expansão dos atuais concorrentes ou de entrada de concorrentes potenciais (expansão e entrada); *iii*) pressões resultantes da capacidade de negociação dos clientes da empresa (poder negocial dos compradores).

Destarte, a determinação da existência de uma posição dominante de uma empresa num mercado envolve, normalmente, a delimitação do mercado relevante em causa, nas suas dimensões do produto ou serviço e geográfica.

Antes de mais, recorda-se que as empresas estão sujeitas a condicionalismos concorrências de três ordens, a saber, a substituibilidade do lado da procura, a substituibilidade do lado da oferta e a concorrência potencial¹⁴⁶. Para a definição do mercado relevante, a substituição do lado da procura constitui o elemento de disciplina mais imediato e eficaz sobre

¹⁴² COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência* (97/C 372/03). JO C 372, de 09.12.1997. cons. 2.

¹⁴³ FERRO, Miguel Sousa. *op. cit.*, 2015. p. 316-317.

¹⁴⁴ Acórdão do TJ de 15.12.1994, *Gøttrup-Klim*, Proc. C-250/92, cons. 47.

¹⁴⁵ COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante* (2009/C 45/02). JO C 45, de 24.2.2009, cons. 12.

¹⁴⁶ *Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante*, *op. cit.*, cons. 13.

os fornecedores de um dado produto, em especial no que diz respeito às suas decisões em matéria de preços.

O mercado relevante no âmbito do qual se deve apreciar uma determinada questão do ponto de vista da concorrência é, por conseguinte, determinado pela conjugação dos mercados do produto e geográfico. Assim, vejamos.

Os mercados do produto relevante são definidos da seguinte forma: “um mercado de produto relevante compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida”¹⁴⁷.

Os mercados geográficos relevantes são definidos da seguinte forma: “O mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas”¹⁴⁸.

Contudo, conforme estabelecido no arresto *Hoffmann-La Roche/Comissão*¹⁴⁹, a detenção de uma quota considerável de mercado, como elemento de prova da existência de uma posição dominante, não é um dado imutável e o seu significado varia de um mercado para o outro em função da sua estrutura, designadamente, no que diz respeito à produção, à oferta e à procura. Embora o significado das quotas de mercado possa ser diferente consoante os mercados, tem fundamento entender-se que quotas de mercado extremamente importantes constituem por si só, e salvo circunstâncias excepcionais, a prova da existência de uma posição dominante.¹⁵⁰

Com efeito, a posse de uma quota de mercado extremamente importante coloca a empresa que a detém durante um certo período, em razão do volume de produção e de oferta que representa – sem que os detentores de partes sensivelmente mais reduzidas tenham a possibilidade de satisfazer rapidamente a procura que pretende afastar-se da empresa que detém a quota mais importante –, numa situação de força, transformando-a num parceiro obrigatório

¹⁴⁷ *Ibidem.*, cons. 7.

¹⁴⁸ *Ibidem.*, cons. 8.

¹⁴⁹ Cf. Acórdão *Hoffmann-La Roche/Comissão*, *op. cit.*, cons. 40.

¹⁵⁰ *Ibidem.*, cons. 41

e que, só por isso, lhe assegura, pelo menos durante períodos relativamente longos, a independência de comportamento característico da posição dominante¹⁵¹.

Em matéria de preço, o poder de mercado das empresas é inteligível, nas palavras de HOVENKAMP, *“is the power to raise prices above competitive levels without losing so many sales that the price increase is unprofitable. A firm that can make more money by selling its output a higher-than-competitive price has a certain amount of market power. Market power is a firm’s ability to deviate profitably from marginal cost pricing”*¹⁵².

Destaca-se que, para os efeitos de interpretação do artigo 102.º do TFUE e em termos económicos, existem diversos graus de poder de mercado. Segundo WHISH e BAILEY¹⁵³, *“at one end of the spectrum would be a firm with no or only imperceptible market power; at the other end a firm which is a true monopolist. Between these two extremes could be found firms with “some”, or “appreciable”, or “significant”, or “substantial” market power”*.

Assim sendo, a definição do mercado relevante permite calcular as quotas de mercado, o que representa uma informação pertinente em relação ao poder de mercado, e, por conseguinte, para se apreciar a existência de uma posição dominante, contudo, não é o único fator a ser levado em conta.

Quanto aos monopólios legais, numa leitura apressada da jurisprudência do Tribunal de Justiça, pode-se depreender que há uma presunção da existência de uma posição dominante, contudo, como alerta FERRO¹⁵⁴, a definição desta posição, com base na identificação de um monopólio legal, só pode ocorrer se previamente se tiver concluído que o produto ou serviço não se inclui no mesmo mercado relevante que qualquer outro produto de ou serviço não sujeito ao monopólio legal.

No tocante ao conceito de parte substancial do mercado comum, a jurisprudência do TJ¹⁵⁵ definiu que para determinar se um determinado território reveste uma importância suficiente para constituir “uma parte substancial do mercado comum” nos termos do artigo [102.º do TFUE], é necessário tomar em consideração, nomeadamente, a estrutura e o volume

¹⁵¹ *Ibidem.*, segundo parágrafo, cons. 41

¹⁵² HOVENKAMP, Herbert. *Principles of Antitrust*. Minnesota: West Academic, 2017. p. 61-62

¹⁵³ WHISH, Richard; BAILEY, David. *op.cit.*, 2012. p. 180.

¹⁵⁴ FERRO, Miguel Sousa. *op. cit.*, 2015. p. 329.

¹⁵⁵ Acórdão do TJ de 16.12.1975, *Suiker Unie e o./Comissão*, Proc. C-40/73, cons. 371.

da produção e do consumo do referido produto, assim como os hábitos e as possibilidades económicas dos vendedores e dos compradores.

Por fim, seguimos o entendimento de que, feita a delimitação do mercado em questão e confirmada a existência de uma posição dominante, cabe ao julgador aferir a substancialidade do mercado afetado, no sentido de fundamentar a aplicação do direito europeu ou nacional.

4.3 Especial responsabilidade das empresas em posição dominante

Como consolidado, o artigo 102.º do TFUE é a base jurídica de um dos elementos essenciais da política de promoção da concorrência, assim sendo a sua eficaz aplicação é essencial para o bom funcionamento do mercado, traz benefícios as empresas e, principalmente, aos consumidores. Ademais, numa visão mais global, as normas de proibição de práticas abusivas por empresas dominantes, contribui para a realização de um mercado interno integrado, que garante uma concorrência não falseada.

Cumprе sublinhar que isto distingue as normas de direito da concorrência da União Europeia da dos Estados Unidos onde, nos termos da Secção 2 do *Sherman Act*, é possível encontrar um comportamento anticoncorrencial por parte de uma empresa que não era dominante no momento do abuso¹⁵⁶.

Conforme a jurisprudência assente, a posição dominante não é, por si só, ilegal e uma empresa nessa situação tem o direito de concorrer no mercado com base nos seus méritos. No entanto, a empresa em causa tem uma especial responsabilidade de não permitir que a sua conduta obste a uma concorrência efetiva e não falseada no mercado interno, independentemente das causas da sua posição dominante¹⁵⁷.

O artigo 102.º do TFUE não se refere apenas às práticas suscetíveis de causar um prejuízo imediato aos consumidores, mas também àquelas que lhes causam prejuízo por impedirem uma estrutura de concorrência efetiva, incumbe à empresa que detém uma posição dominante uma responsabilidade especial de não impedir, através do seu comportamento, uma concorrência efetiva e não falseada no mercado comum¹⁵⁸.

¹⁵⁶ GERADIN, Damien; LIANOS, Ioannis, eds. *Handbook on European Competition Law: Substantive Aspects*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. p. 350.

¹⁵⁷ Acórdão do TJ de 09.11.1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão*, Proc. 322/81, cons. 57.

¹⁵⁸ Acórdão do TJ (Grande Secção) de 27.03.2012, *Post Danmark I*, Proc. C-209/10, cons. 23.

Neste sentido, a definição de responsabilidade especial não pode ser tida como um abuso ou prática abusiva. JUNQUEIRO¹⁵⁹ sintetiza “o que é censurável é a adoção de um comportamento que origine efeitos anticoncorrenciais, sendo a especial responsabilidade (apenas) uma forma de caracterizar melhor a censura que o comportamento merece”.

Como assinalado nas Conclusões da Advogada-Geral KOKOTT¹⁶⁰, desta responsabilidade resulta um certo dever de contenção no mercado. Isto é, a empresa em posição dominante deve, por isso, omitir todas as práticas comerciais com um efeito de exclusão provável e não apenas aquelas em relação às quais é de considerar esse efeito como “*muito provável*” ou “*especialmente provável*” ou que se produzirá “*sem margem para dúvidas razoáveis*”. A Advogada-Geral conclui¹⁶¹ que o grau de probabilidade da ocorrência dos efeitos de exclusão pode, quando muito, ter relevância quanto à medida de eventuais sanções, por exemplo, as coimas aplicáveis por uma autoridade da concorrência. Isto é, quanto mais elevada for a probabilidade do efeito de exclusão e quanto maior for a importância desse efeito, mais severa deve ser a sanção.

Contudo, segundo as lições de MOURA E SILVA¹⁶², a intervenção jusconcorrencial às decisões internas das empresas tem contornos mais complexos, quando comparado acordos restritivos da concorrência. Visto que na primeira situação está em causa um exame da natureza abusiva e das eventuais justificações das mesmas, levando a questionar aspetos que relevam da questão quotidiana de qualquer empresa. Emerge, assim, a limitação deste controlo a casos onde, pela posição dominante a empresa em causa, existe uma maior potencialidade de danos para a concorrência, o que justifica a eventual imposição de condutas específicas tendentes a eliminar o abuso.

Antes de mais, a particular responsabilidade dos Estados, decorrente do artigo 106.º, n.º 1 do TFUE, pode coexistir com a responsabilidade das empresas em posição dominante. Noutros termos, os artigos 101.º e 102.º impõem obrigações diretas às empresas públicas e empresas detentoras de direitos especial e exclusivos, razão pela qual o n.º 1 do artigo 106.º reforça esta responsabilidade com a concorrência efetiva no mercado, no entanto, direcionada aos Estado-Membros.

¹⁵⁹ JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo. *Abusos de posição dominante*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 107.

¹⁶⁰ Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott de 21.05.2015, *Post Danmark II*, Proc. C-23/14, cons. 84.

¹⁶¹ *Ibidem.*, cons. 85.

¹⁶² MOURA E SILVA, Miguel. *op. cit.*, 2018. p. 880 e 881.

5 ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

A existência de uma posição dominante é condição essencial para a prática abusiva ser proibida nos termos do artigo 102.º do TFUE, bem como nos dispositivos equivalentes dos Estados Membros, por exemplo, no ordenamento interno português, o artigo 11.º do RJC. Deve-se, assim, identificar se a empresa em causa detém uma posição dominante num determinado mercado, para então avaliar se houve uma exploração abusiva desta posição.

Como visto, a empresa dominante tem o poder de adotar medidas independentes das condições do mercado, bem como de impedir a manutenção de uma concorrência efetiva. Embora a detenção desta posição por uma empresa não seja, por si só, proibida pelos Tratados, a atuação unilateral da empresa em posição dominante deve ser revestida de uma responsabilidade especial em não prejudicar, através do seu comportamento, uma concorrência efetiva e não falseada no mercado interno ou nacional.

Deste modo, o artigo 102.º do TFUE tem por objetivo estabelecer um sistema de controlo do comportamento das empresas em posição dominante, proibindo as condutas tidas prejudiciais aos consumidores e à concorrência efetiva. Contudo, inexistente uma definição legal de abuso de posição dominante, razão pela qual as instituições europeias vêm densificando esta noção ao longo dos anos.

O Tribunal de Justiça, no acórdão *Continental Can*¹⁶³, concluiu que a exploração de uma posição dominante deve ser exercida de forma abusiva para ser interpretada como proibida pelo artigo 102.º do TFUE e que este artigo enumera, a título exemplificativo, as formas de exploração abusiva de posição dominante proibidas pelo Tratado. Ademais, como resulta das alíneas c) e d), esta disposição não se refere apenas às práticas suscetíveis de causar um prejuízo imediato aos consumidores, mas também àquelas que lhes causam prejuízo por impedirem uma estrutura de concorrência efetiva¹⁶⁴.

Conforme a jurisprudência assente, a noção de exploração abusiva é uma noção objetiva, que abrange os comportamentos de uma empresa em posição dominante suscetíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm como consequência

¹⁶³ Acórdão *Continental Can*, *op. cit.*, cons. 26.

¹⁶⁴ *Ibidem.*, cons. 26.

impedir, através de meios diferentes daqueles que regem uma competição normal de produtos ou serviços com base em prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta concorrência¹⁶⁵. Decorre assim que, regra geral, exige-se apenas a verificação do facto, sem que seja necessário a demonstração da dimensão subjetivas.

Ademais, o facto de uma empresa em posição dominante reforçar essa posição ao ponto de o grau de domínio assim atingido prejudicar substancialmente a concorrência, ou seja, deixar subsistir apenas empresas dependentes, no seu comportamento, da empresa dominante, pode constituir um abuso¹⁶⁶.

Para MOURA E SILVA¹⁶⁷, pode-se extrair um princípio de proteção a estrutura concorrencial, traduzido na defesa da concorrência remanescente, da qual depende a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado. De modo que a prática será tida como abusiva quando se funde em comportamentos que entram a concorrência e não constituem métodos habituais de concorrência.

Desta feita, passaremos a verificar a metodologia de análise das condutas abusivas realizada por parte das instituições europeias, bem como o exercício de modernização da aplicação do artigo 102.º do TFUE levado a cabo pela Comissão. Para então tratarmos dos abusos por exclusão e, em especial, da recusa de fornecimento de bens e serviços.

5.1 Metodologia de análise das condutas

Como ressalta MOURA E SILVA, a jurisprudência tradicional construiu a metodologia de análise para o artigo 102.º do TFUE seguindo a típica das proibições *per se*, ou seja, considerava abusivo qualquer comportamento de uma empresa em posição dominante que tenha por objetivo eliminar um concorrente, não tendo em conta se a conduta é, em concreto, apta a esse resultado¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Cf. Acórdão *Hoffmann-La Roche/Comissão*, *op. cit.*, cons. 91.

¹⁶⁶ Cf. Acórdão *Continental Can*, *op. cit.*, cons. 26.

¹⁶⁷ MOURA E SILVA, Miguel. *op. cit.*, 2018. p. 916.

¹⁶⁸ MOURA E SILVA, Miguel. *Direito da concorrência: uma introdução jurisprudencial*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 667.

No entanto, a Comissão Europeia com o “*Discussion Paper*” de 2005 iniciou um processo de revisão da política de aplicação do artigo 102.º do TFUE, tendo como foco os abusos de exclusão e a proposta metodológica de análise baseada nos efeitos.

Por conseguinte, em 2009, foi aprovada a Comunicação da Comissão sobre abusos de exclusão, nomeada como “*Orientações sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo [102.º do TFUE] a comportamento de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*”¹⁶⁹. Nessas orientações são reconhecidas a relevância dos efeitos atuais ou potenciais na avaliação global do comportamento, assim como é previsto, claramente, uma ponderação desses efeitos, com a utilização das justificações objetivas e dos ganhos de eficiência, sendo tal abordagem comparável à adotada no âmbito no artigo 101.º, nº 3 do TFUE¹⁷⁰.

Recorda-se que a Comunicação supracitada não pretende reescrever o artigo 102.º do TFUE, ainda mais porque esta não vincula, nem pode vincular o TJUE ou os tribunais nacionais dos Estados-Membros.¹⁷¹ Estas orientações não vinculam o Tribunal, mas fornece um ponto de referência, como resta evidente nas decisões mais recentes.

Como se observa esta abordagem, de certo modo criticável¹⁷², foi confirmada pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Post Danmark I*¹⁷³, vejamos: [O artigo 102.º do TFUE] visa, em particular, os comportamentos de uma empresa que detém uma posição dominante, que têm por efeito, em prejuízo dos consumidores, impedir, através do recurso a mecanismos diferentes dos que regulam a concorrência normal com base nas prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência (...) [O artigo 102.º do TFUE] proíbe, nomeadamente, que uma empresa que detém uma posição dominante leve a cabo práticas que produzam efeitos de eliminação dos seus concorrentes considerados tão eficazes como ela própria e reforcem a sua posição

¹⁶⁹ COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02)*. JO C 45, de 24.2.2009.

¹⁷⁰ Ver FRIEDERISZICK, Hans Wolfgang; GRATZ, Linda. *Dominant and Efficient – On the Relevance of Efficiencies in Abuse of Dominance Cases*, ESMT White Paper, n. WP-12-01, dez. 2012. p. 9.

¹⁷¹ WHISH, Richard; BAILEY, David. *op.cit.*, 2015.

¹⁷² MOURA E SILVA alerta que “a adopção de um balanço de eficiência configura a passagem de um sistema onde alguns comportamentos tendem a ser considerados abusivos *per se* para uma generalização da metodologia da *rule of reason*, sem que seja feito um balanço entre os custos e os benefícios de cada uma das metodologias”. MOURA E SILVA, Miguel. O abuso de posição dominante na nova economia, Tese (Doutoramento em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. p. 586.

¹⁷³ Acórdão do TJ (Grande Secção) de 27.03.2012, *Post Danmark I*, Proc. C-209/10, cons. 24 e 35.

dominante através do recurso a meios diferentes daqueles que decorrem de uma concorrência pelo mérito. Nesta perspetiva, nem toda a concorrência pelos preços pode, portanto, ser considerada legítima.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça reafirmou que o artigo 102.º do TFUE não visa assegurar que os concorrentes menos eficazes permaneçam num mercado, de modo que não proíbe que uma empresa conquiste, pelos seus próprios méritos, uma posição dominante no mercado. Conclui, ainda, que nem todo o efeito de eliminação falseia necessariamente o jogo da concorrência.

Acrescenta que a denominada “concorrência por mérito”¹⁷⁴ pode conduzir ao desaparecimento do mercado ou à marginalização/exclusão dos concorrentes menos eficazes ou menos interessantes para os consumidores quanto aos preços, gama de oferta, qualidade ou inovação¹⁷⁵. A utilização da concorrência por mérito, de certo modo, diferencia os prejuízos à concorrência daqueles gerados ao concorrente menos eficiente, destacando-se que apenas o primeiro pode ser abusivo. Ressalva-se, por fim, que a utilização deste é criticável uma vez que pode impedir a entrada de novos concorrentes no mercado, *a priori* menos eficientes, que poderiam se tornar tão ou mais eficientes quanto a empresa dominante.

Nota-se, deste modo, que os entendimentos das instituições europeias, após o movimento de revisão/modernização do artigo 102.º do TFUE, convergem numa análise baseada nos efeitos das condutas e nos aspetos económicos, ainda que essa metodologia tenha uma utilidade discutível, como poderemos verificar mais adiante.

5.2 Práticas abusivas

Seguindo uma classificação mais tradicional, as práticas abusivas para efeitos do artigo 102.º do TFUE podem ser divididas em duas categorias: abusos por exploração e abusos por exclusão. Na primeira, a empresa explora o domínio que exerce no mercado em detrimento dos demais agentes económicos, usualmente, assinalada por uma conduta injusta com os que

¹⁷⁴ MARQUIS e ROUSSEVA enfatizam que: “There is a striking similarity between: the ECJ’s interpretation of the objectives of Article 102 and of the idea of ‘competition on the merits’; and the Commission’s interpretations in the Guidance Paper. We take this to mean that the ECJ approves of the Commission’s commitment to focus on those types of conduct that are most harmful to consumers and that the Commission’s interventions should be aimed at ensuring that consumers benefit from the efficiency, productivity, and drive to innovate which result from effective competition between undertakings.” MARQUIS, Mel; ROUSSEVA, Ekaterina. *Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU*, p. 11.

¹⁷⁵ V. Comunicação da Comissão 2009/C 45/2, para. 6.

dependem da empresa dominante para o fornecimento de bens ou serviços, por exemplo, preços excessivos, discriminação de preços, condições contratuais não equitativas ou discriminatórias. Nos abusos por exclusão, as práticas são orientadas para o afastamento de concorrentes do mercado ou para aumentar as barreiras à entrada de novos concorrentes, *e.g.*, recusa de venda, prática de preços predatórios ou esmagamento de margem.

Conforme os ensinamentos de MOURA E SILVA¹⁷⁶, as vantagens obtidas pela empresa em posição dominante devem traduzir-se numa lesão (atual ou potencial) do bem jurídico protegido: a estrutura concorrencial do mercado. Esta lesão pode afetar, por um lado, a participação dos concorrentes, por meios que não os da concorrência pelo mérito e, por outro lado, o tratamento equitativo dos clientes, fornecedores e, em última análise, dos consumidores que interagem com a empresa dominante.

Segundo BELLAMY & CHILD¹⁷⁷, os comportamentos tidos como proibidos pelo artigo 102.º do TFUE podem ser categorizados de vários modos, por exemplo por referência aos efeitos produzidos, podem ser divididos em abusos de exclusão e abusos de exploração. Também podem ser distinguidos de acordo com o mercado em que foi praticado o abuso, isto é, se afetaram a concorrência no mercado em que a empresa tem posição dominante ou atingiram um mercado relacionado, principalmente, nos mercados a jusante (*own market abuses e related market abuses*).

De acordo com a classificação de TEMPLE LANG¹⁷⁸, poderíamos classificar três tipos de práticas abusivas contrárias ao então artigo 86.º do Tratado CEE (atual artigo 102.º do TFUE): i) *abusos de exploração*, quando a empresa dominante se aproveita do poder económico para obter benefícios ou para impor encargos, não obtidos ou impossíveis de obter em condições de concorrência normal ou razoavelmente efetiva, às custas dos interesses dos clientes, consumidores ou fornecedores; ii) *abusos anticompetitivo*, em que o comportamento da empresa dominante restringe a concorrência intramarcas ou intermarcas, ou altera o mercado de tal forma que a concorrência é suscetível de ser significativamente reduzida, ou reforça o poder económico da empresa dominante. Ressalvando que a concorrência normal e legítima é lícita, mesmo que aumente a participação de mercado ou o poder económico da empresa

¹⁷⁶ MOURA E SILVA, Miguel. *op. cit.*, 2018. p. 918.

¹⁷⁷ ROTH QC, Peter; ROSE, Vivien, eds. Bellamy & Child: European Community Law of Competition. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 952-953.

¹⁷⁸ TEMPLE LANG, John. *Monopolisation and the Definition of Abuse of a Dominant Position under Article 86 EEC Treaty*. Common Market Law Review, vol. 16, 1979, p. 363-364.

dominante; *iii) abuso de exclusão (“represália”)*, se o comportamento da empresa em posição dominante é calculado para danificar ou interferir seriamente nos negócios de outra empresa.

Cumpra esclarecer que não existe uma classificação absoluta e que os tipos de práticas abusivas não são exclusivos aos supra indicados. Em outras palavras, uma empresa dominante pode retirar proveito da ausência de concorrência efetiva para restringir ainda mais a concorrência em benefício próprio, por meio de um abuso exploração, bem como pode, em simultâneo, visar restringir substancialmente a concorrência através de comportamentos de exclusão.

Recorda-se que, nos termos segunda parte do artigo 102.º do TFUE, as práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça¹⁷⁹, a exploração de uma posição dominante deve ser exercida de forma abusiva para ser interpretada como proibida pelo artigo 102.º do TFUE e que a segunda parte deste artigo enumera, a título exemplificativo, as formas de exploração abusiva de posição dominante proibidas pelo Tratado.

Destarte, pode-se concluir que o conceito de abuso de posição dominante consiste em um tipo aberto, reforçado pelo entendimento do Tribunal de Justiça de que artigo 102.º do TFUE tão somente exemplifica as práticas abusivas. Razão pela qual o presente trabalho não pretende, nem seria possível, exaurir todos os comportamentos das empresas dominantes tidos como ilícitos na aceção jusconcorrencial.

Diante da dimensão do estudo, iremos tratar nos pontos que se seguem dos abusos por exclusão, numa visão geral (*ponto 5.2.1*), para então com mais profundidade abordarmos a

¹⁷⁹ Acórdão *Continental Can*, *op. cit.*, cons. 26.

recusa de fornecimento de bens e serviços a partir da construção jurisprudencial europeia e o entendimento da Comissão presente nas Orientações sobre Abusos de Exclusão (*ponto 5.2.2*).

5.2.1 Abusos por exclusão

De acordo com as Orientações da Comissão¹⁸⁰, o objetivo da aplicação do artigo 102.º do TFUE, no âmbito do comportamento de exclusão, é assegurar que as empresas em posição dominante não prejudicam uma concorrência efetiva através do encerramento do mercado aos rivais de uma forma anticoncorrencial e tendo, assim, um impacto adverso no bem-estar dos consumidores, quer sob o efeito de preços mais elevados do os que de outra forma prevaleceriam, quer pela limitação da qualidade, ou ainda pela redução do leque de escolha para os consumidores.

As condutas tidas prejudiciais aos consumidores e à concorrência efetiva quando praticadas por empresas em posição dominante podem ser qualificadas em razão do preço ou não. Tal divisão reside na distinção dos abusos em matéria de preços – que utilizam o critério do concorrente igualmente eficiente e da eficiência produtiva – em relação às outras formas de abuso da posição dominante.

Numa definição de ordem pragmática, NAZZINI¹⁸¹ esclarece que “*pricing abuses consist in the setting of a price or schedule that is anti-competitive and therefore, normally required careful cost and revenue analysis before an infringement can be found*”. Por outro lado, “*non-pricing practices may be found to be abuse purely on quantitative criteria even if the rationale for the prohibition may still be that they exclude as efficient competitors*”.

O Acórdão *Post Danmark I* ao examinar os abusos em matéria de preços, sobremaneira os resultantes de uma política de redução de preços seletiva, ou ainda, a discriminação desses entre os consumidores/clientes, como se verifica no considerando 26, *in verbis*: “Para determinar se, ao aplicar as suas práticas tarifárias, a empresa que detém uma posição dominante explorou esta posição de forma abusiva, é preciso analisar todas as circunstâncias e apurar se essas práticas tendem a suprimir ou a restringir a possibilidade de o comprador escolher as suas fontes de abastecimento, a impedir o acesso dos concorrentes ao mercado, a

¹⁸⁰ Cf. Comunicação da Comissão 2009/C 45/2, *op. cit.*, para. 19.

¹⁸¹ NAZZINI, Renato. Abuse of dominance: exclusionary non-pricing abuses. In. GERADIN, Damien; LIANOS, Ioannis, eds. *Handbook on European Competition Law: Substantive Aspects*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. p. 476.

aplicar a parceiros comerciais condições desiguais para prestações equivalentes, colocando-os, assim, em desvantagem na concorrência, ou a reforçar a posição dominante através de uma concorrência falseada”.

No entanto, cumpre ressaltar que esta divisão entre abusos em matéria de preço e abusos relativos a outros parâmetros da concorrência, de certo modo, pode ser artificial, uma vez que podem resultar da atuação da empresa dominante efeitos anticoncorrenciais pela manipulação dos preços em conjunto com outras práticas.

Em síntese, com fundamento nos casos julgados pelo Tribunal de Justiça, pode-se delinear diversas práticas abusivas com efeitos de exclusão, entre estas, a prática de preços predatórios, descontos seletivos, descontos de fidelização, acordos de compras exclusivas, *tying* (práticas de subordinação), *bundling* (agrupamento de vendas), esmagamento de margens, recusa de venda, recusa de licenciamento e recusa de fornecimento.

Além das práticas supramencionadas, podemos citar as chamadas *naked exclusion* (práticas de exclusão puras). De acordo com as Orientações da Comissão¹⁸² e a jurisprudência¹⁸³, poderão existir situações em que não será necessário realizar uma avaliação pormenorizada para chegar à conclusão de que o comportamento da empresa dominante tem o único ou predominante propósito de levantar obstáculos à concorrência e, por consequência, causar prejuízos aos consumidores. Será o caso se, por exemplo, a empresa em posição dominante pagar a clientes para que não vendam produtos dos concorrentes.

Segundo NAZZINI¹⁸⁴ “*in so far as the application of this test is limited to conduct that cannot reasonably be pro-competitive, for instance fraudulent or tortious conduct, the naked exclusion test maximizes the effectiveness of article 102 in prohibiting and deterring abusive conduct while minimizing the cost of false convictions and over-deterrence*”.

Dadas as considerações gerais sobre as práticas abusivas de exclusão, passearemos, de forma a cumprir os escopos deste trabalho, a analisar a recusa de fornecimento de bens e serviços essenciais, nos termos do artigo 102.º do TFUE.

¹⁸² Cf. Comunicação da Comissão 2009/C 45/2, *op. cit.*, para. 22.

¹⁸³ Neste sentido, o acórdão do TJ de 14.11.1996, *Tetra Pak/Comissão*, Proc. C-333/94 P; e acórdão do TJ (Primeira Secção) de 06.12.2012, *AstraZeneca/Comissão*, Proc. C-457/10 P.

¹⁸⁴ NAZZINI, Renato. *op. cit.*, 2013, p. 483 e 484.

5.2.2 Recusa de fornecimento de bens e serviços

A problemática do fornecimento de recursos essenciais apenas é equacionável num contexto onde seja possível distinguir a existência de dois mercados. Comummente, tem-se um mercado em monopólio a montante e um mercado potencialmente em concorrência a jusante, cujo efetivo funcionamento competitivo se vê comprometido pela conduta da empresa dominante.

Para JUNQUEIRO¹⁸⁵, a principal objeção do direito da concorrência à recusa de acesso a uma infraestrutura essencial é a possibilidade que esta poderá conferir à empresa que controla tal infraestrutura de monopolizar um mercado relacionado onde o acesso à mesma é essencial para o desenvolvimento da atividade.

Nos termos do histórico acórdão *Commercial Solvents*¹⁸⁶, dispondo uma empresa de uma posição dominante quanto à produção de matérias-primas e, por esse facto, estando em condições de controlar o abastecimento dos fabricantes de produtos derivados, não pode, apenas por ter decidido iniciar ela mesma a produção de tais derivados, adotar um comportamento suscetível de eliminar a concorrência. O TJ concluiu que o detentor de uma posição dominante no mercado das matérias-primas que, com o fim de as reservar para a sua própria produção de derivados, recusa o seu fornecimento a um cliente que também é produtor desses derivados, com o risco de eliminar qualquer concorrência da parte desse cliente, explora a sua posição dominante de forma abusiva, na aceção do artigo [102.º do TFUE].

No acórdão *Télémarketing*¹⁸⁷, o TJ declarou que constitui um abuso na aceção do artigo [102.º do TFUE] o facto de uma empresa detentora de uma posição dominante num dado mercado reservar para si própria, sem necessidade objetiva, uma atividade auxiliar que poderia ser exercida por uma terceira empresa no quadro das atividades desta num mercado próximo, embora distinto, com o risco de eliminar toda a concorrência por parte desta empresa.

Contudo, deve-se ter em mente que, via de regra, as empresas têm o direito de escolher os seus parceiros contratuais e de disporem livremente de suas propriedades. Assim como, no plano da política da concorrência, a justificação de uma ingerência na liberdade de contratar de

¹⁸⁵ JUNQUEIRO, op. cit, p. 133.

¹⁸⁶ Acórdão do TJ de 06.03.1974, *Commercial Solvents* /Comissão, Procs. 6/73 e 7/73, cons. 25.

¹⁸⁷ Acórdão do TJ (Quinta Secção) de 03.10.1985, *CBEM/CLT e IPB (Télémarketing)*, Proc. 311/84, cons. 27.

uma empresa dominante exige que se proceda a uma ponderação cuidadosa de considerações divergentes¹⁸⁸.

Neste sentido, a imposição de uma obrigação de contratar a uma empresa dominante deve conciliar os valores em causa, a liberdade da empresa com a defesa da concorrência (fundamentada, por norma, pela alínea *b*) do artigo 102.º do TFUE), de modo a evitar possíveis efeitos negativos, como, por exemplo, o desincentivo a inovação e o investimento no mercado e o aparecimento de comportamentos oportunistas (*free riding*).

Decorre da jurisprudência¹⁸⁹ a existência dos cinco pressupostos para considerar a conduta abusiva: *i*) a empresa deve ocupar uma posição dominante num mercado relevante; *ii*) a empresa dominante deve estar integrada verticalmente e encontrar-se em concorrência num mercado conexo; *iii*) a matéria-prima ou o serviço seja, em si mesmo, indispensável para o exercício da atividade da empresa concorrente, no sentido de que não exista qualquer substituto real ou potencial; *iv*) a prática abusiva deve ser resultado de uma recusa injustificada; *v*) a recusa visa gerar um efeito negativo sobre a concorrência, seja um prejuízo para o consumidor ou a exclusão de um concorrente.

A Comissão nas orientações sobre abusos de exclusão¹⁹⁰, utiliza um conceito *lato* de recusa de fornecimento que abrange práticas como: a recusa de fornecimento de produtos a clientes novos ou já existentes; a recusa de licenciamento de direitos de propriedade intelectual; e a recusa de concessão de acesso a uma instalação ou a uma rede essencial.

Segundo essas orientações, a Comissão irá analisar estas práticas desde que estejam cumulativamente reunidas as seguintes circunstâncias¹⁹¹: a recusa incide num produto ou serviço objetivamente necessário para uma concorrência efetiva num mercado a jusante (*necessidade objetiva do meio de produção*); a recusa pode ter como resultado a eliminação da concorrência efetiva no mercado a jusante (*Eliminação da concorrência efetiva*); e a recusa é suscetível de conduzir a um *prejuízo para o consumidor*.

¹⁸⁸ Conclusões do Advogado-Geral F.G Jacobs de 28.05.1998, *Oscar Bronner*, Proc. C-7/97, cons. 56 e 57.

¹⁸⁹ Acórdão do TJ de 06.04.1995, *RTE e ITP/Comissão (Magill)*, Proc. C-241 e 242/91 P; e acórdão do TJ de 26.11.1998, *Oscar Bronner*, Proc. C-7/97.

¹⁹⁰ Cf. Comunicação da Comissão 2009/C 45/2, *op. cit.*, para. 78.

¹⁹¹ *Ibidem.*, para. 83 a 88.

Segundo FREIRE¹⁹², para um recurso ou infraestrutura ser considerado essencial terão de estar associadas características físicas ou económicas únicas que os tornem *insubstituíveis* (impossibilidade ou não razoabilidade da reprodução) e *necessários* ao desenvolvimento de uma dada atividade económica.

Cumprе esclarecer que a recusa em fornecer e a doutrina das *essential facilities* são situações distintas que merecem ser delimitadas¹⁹³. Isto é, a primeira diz respeito às situações onde existem dois mercados interconexos (o bem ou o serviço produzido no primeiro mercado funciona com *input* produtivo para um segundo mercado), enquanto que na segunda é aplicável em um único mercado (*e.g.* quando um agente económico reclama o acesso com o objetivo de concorrer com a empresa dominante).

Sublinha-se que, no ordenamento jurídico português, o legislador acrescentou ao rol exemplificativo de práticas abusivas do n.º 1, do artigo 11.º, do RJC, a alínea *e*), segundo a qual é considerado abusivo a recusa de acesso a uma rede ou a outras infraestruturas essenciais¹⁹⁴ controladas pela empresa dominante, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa, desde que, sem esse acesso, esta não consiga, por razões de facto ou legais, operar como concorrente no mercado a montante ou a jusante, a menos que a empresa dominante demonstre que tal acesso é impossível em condições de razoabilidade.

Com esta previsão, pode-se afirmar que a *recusa de venda* e *recusa de acesso a infraestruturas essenciais* são tipos distintos de abusos¹⁹⁵. A recusa de venda, de um modo geral, deve ser enquadrada nos termos alínea *b*), do n.º 1 do artigo 11.º do RJC e alínea *b*) do artigo 102.º do TFUE, enquanto que o segundo tipo, por ser uma subcategoria do primeiro, deve-se aplicar as condições previstas na alínea *e*), do n.º 1 do artigo 11.º do RJC.

Por fim, destaca-se que, em alguns casos específicos, pode ser evidente que a imposição da obrigação de fornecimento não terá, manifestamente, efeitos negativos sobre os incentivos do proprietário do produto e/ou de outros operadores para investirem e inovarem a montante. Em suas orientações, a Comissão considera que tal poderá ocorrer igualmente quando a posição

¹⁹² FREIRE, Paula Vaz. *A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. 49, n.ºs 1 e 2. Lisboa: Coimbra Editora, 2007. p. 119

¹⁹³ *Ibidem.*, 123 e 124.

¹⁹⁴ MOURA E SILVA sublinha que no direito português, nos termos do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 166/2015, de 27 de dezembro, existe um dever geral de venda de bens ou prestação de serviços, ainda que se trate de recurso não essencial. MOURA E SILVA, Miguel. *op. cit.*, 2018. p. 1007.

¹⁹⁵ MOURA E SILVA, Miguel. *A tipificação da recusa de acesso a infra-estruturas essenciais como abuso de posição dominante na Lei da Concorrência*. Revista de Concorrência e Regulação, ano 1, n.º 1. jan.-mar. 2010, p. 291.

da empresa dominante no mercado a montante foi desenvolvida ao abrigo da proteção de direitos especiais ou exclusivos ou foi financiada por recursos estatais¹⁹⁶. Isto implicará, com veremos na *parte III*, impactos na aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1 do TFUE.

5.3 Justificação objetiva e ganhos de eficiência

Como dito, o artigo 102.º TFUE condena à exploração abusiva de uma posição dominante sem prever, contudo, a possibilidade de uma justificação por parte da empresa dominante. O Tribunal de Justiça, quando da interpretação e aplicação desse artigo, compreende que a empresa dominante, a quem seja imputado um comportamento abusivo, poderá alegar uma justificação objetiva ou ganhos de eficiência, como forma de dispensa à proibição, numa clara aproximação ao balanço económico do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE.

Neste sentido, *“it is in principle open to a dominant firm to argue that apparently anti-competitive conduct it is in fact justified, provided that the grounds relied on are more than simply the commercial advantage of the undertaking itself”*¹⁹⁷.

A Comissão, nas orientações sobre comportamentos abusivos de exclusão, afirma que um comportamento só pode ser entendido como justificável se for indispensável e proporcionado ao objetivo alegadamente pretendido pela empresa dominante¹⁹⁸. Sobre o tema, conclui JUNQUEIRO que o comportamento em questão tem de seguir um objetivo legítimo e válido, sob pena de se ignorarem os efeitos anticoncorrenciais de determinadas práticas tidas pela empresa como justificadas comercialmente¹⁹⁹.

Cumprе ressaltar, que incumbe à empresa que detém uma posição dominante o ónus de provar eventual justificação objetiva, isto é, deve demonstrar que os resultados do comportamento neutralizam os prováveis efeitos prejudiciais à concorrência e aos interesses dos consumidores nos mercados afetados.

No acórdão *Post Danmark I*, o Tribunal de Justiça, reiterando os posicionamentos adotados anteriormente²⁰⁰ e as orientações da comissão acerca da necessidade objetiva e os

¹⁹⁶ Cf. Comunicação da Comissão 2009/C 45/2, *op. cit.*, para. 82.

¹⁹⁷ ROTH QC, Peter; ROSE, Vivien, eds. Bellamy & Child: European Community Law of Competition. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 951

¹⁹⁸ Cf. Comunicação da Comissão 2009/C 45/2, *op. cit.*, para. 28

¹⁹⁹ JUNQUEIRO, *op. cit.*, p. 119.

²⁰⁰ Ver os acórdãos do TJ de 14.2.1978, *United Brands/Comissão*, Proc. 27/76; de 15.03.2007, *British Airways/Comissão*, Proc. C-95/04 P; e o já referido *TeliaSonera Sverige*.

ganhos de eficiência²⁰¹, assevera que “uma empresa que detém uma posição dominante pode justificar ações suscetíveis de caírem no âmbito da proibição enunciada no artigo [102.º do TFUE]. Em particular, essa empresa pode demonstrar, para esse efeito, que o seu comportamento é objetivamente necessário ou que o efeito de eliminação que este comportamento pode ser compensado, ou mesmo superado, por ganhos de eficiência suscetíveis de beneficiar também o consumidor²⁰²”.

O Tribunal de Justiça²⁰³ concluiu a este respeito que compete à empresa que detém uma posição dominante demonstrar que os ganhos de eficiência suscetíveis de resultar do comportamento em causa neutralizam os prováveis efeitos prejudiciais na concorrência e os interesses dos consumidores nos mercados afetados, que estes ganhos de eficiência foram ou são suscetíveis de ser realizados graças ao referido comportamento, que este é indispensável à realização destes e que não elimina uma concorrência efetiva ao suprimir a totalidade ou a maior parte das fontes existentes de concorrência atual ou potencial.

Ainda sobre o tema, “*in Post Danmark, however, the Court stressed that even if finding of anti-competitive effects is found in a low pricing case, it would be open for a dominant undertaking to provide justification for its behavior. In particular, either that its conduct is objectively necessary or that the exclusionary effect produced may be counterbalanced or outweighed by advantages in terms of efficiency that benefit consumer*”²⁰⁴.

No que diz respeito à recusa de fornecimento de recurso essencial, a Comissão²⁰⁵ instituiu que analisará as alegações apresentadas pela empresa dominante segundo as quais: a recusa é necessária para obter um retorno adequado do investimento que é essencial para desenvolver a atividade de fornecimento dos meios de produção, gerando, assim, incentivos para continuar a investir no futuro, levando também em consideração o risco de projetos falhados; a sua própria capacidade de inovação será comprometida pela obrigação de fornecimento ou pelas alterações estruturais nas condições de mercado que poderão surgir como consequência desta obrigação, incluindo o prosseguimento da inovação no futuro por parte dos concorrentes.

²⁰¹ Cf. Comunicação da Comissão 2009/C 45/2, *op. cit.*, para. 30.

²⁰² Acórdão *Post Danmark I*, *op. cit.*, cons. 40 e 41.

²⁰³ *Ibidem.*, cons. 42.

²⁰⁴ GORMSEN e JONES, *op. cit.*, p. 437.

²⁰⁵ Cf. Comunicação da Comissão 2009/C 45/2, *op. cit.*, para. 89.

Nas palavras de FREIRE²⁰⁶, a Comissão parece orientar-se para um maior aligeiramento dos requisitos que qualificam como abusiva a recusa em fornecer ou licenciar, combinando este entendimento com a introdução de uma possibilidade de defesa por parte da empresa dominante, baseada em justificações objetivas ou em argumentos de eficiência, que pode levar a um maior nível de incerteza jurídica.

MOURA E SILVA²⁰⁷ alerta que se trata de uma verdadeira revisão do Tratado por via jurisprudencial. O autor argumenta que: i) o conceito de abuso de posição dominante exclui à partida a possibilidade de justificação com fundamento num balanço de eficiência positivo, como resulta da diferença da redação dos artigos 101.º e 102.º do TFEU; ii) existe uma fragilidade dos precedentes invocados; iii) há uma incoerência na passagem de um sistema de proibição *per se* para uma generalização da *rule of reason*, quando em alguns casos não fará sentido ponderar justificações; iv) o Regulamento n.º 1/2003 consagra a inversão do ónus da prova apenas para o n.º 3 do artigo 101.º do TFUE.

LUNDQVIST e ØLYKKE²⁰⁸ entendem que “CJEU seems to, slowly, be mapping out an abuse doctrine in two limbs: the first limb is whether the dominant firm is ‘competing on the merits’, or not; and, the second limb, which is only relevant if it is unclear whether the conduct reflects competition on the merits: whether the conduct still may exclude an ‘as efficient’ competitor. The first limb is an objective test: it is examined whether the relevant conduct in the experience and case law of the CJEU can be identified as not being ‘competition on the merits’, while under the second limb anti-competitive effect under the ‘as efficient’ competitor test must be shown.”

Conclui-se que a empresa em posição dominante tem o poder de adotar medidas independentes das condições do mercado, bem como de impedir a manutenção de uma concorrência efetiva. Ainda que a existência de empresas dominantes não seja, por si só, proibida pelos Tratados, a atuação unilateral destas devem ser revestidas de uma responsabilidade especial em não prejudicar, através dos seus comportamentos, uma concorrência efetiva e não falseada no mercado interno ou nacional.

²⁰⁶ FREIRE, Paula Vaz. *op. cit.*, 2007. p. 133.

²⁰⁷ MOURA E SILVA, 2018, *op. cit.*, p. 1148 e 1149.

²⁰⁸ LUNDQVIST, Björn; ØLYKKE, Grith Skovgaard. *Post Danmark, Now Concluded by the Danish Supreme Court: Clarification of the Selective Low Pricing Abuse and Perhaps the Embryo of a New Test under article 102 TFEU?*. *European Competition Law Review*, v. 34, n. 9, 2013, p. 489.

A posição dominante deve ser exercida de forma abusiva para ser interpretada como proibida pelo artigo 102.º do TFUE, entre estas condutas ilícitas, temos os abusos de exclusão e, em especial, a recusa de fornecimento de recursos essenciais. Nessa matéria, como visto, os entendimentos das instituições europeias convergem numa análise baseada nos efeitos das condutas e no balanço de eficiência, ainda que essa metodologia tenha uma utilidade discutível e possa gerar insegurança jurídica aos agentes económicos.

PARTE III
A APLICAÇÃO CONJUGADA DOS ARTIGOS 102.º E 106.º, N.º 1, DO TFUE

6 ATUAÇÃO DA COMISSÃO EUROPEIA

Ante o exposto, verificamos que o direito primário ao garantir o princípio da concorrência não falseada, bem como o dever de cooperação leal dos Estados e a proibição de práticas restritivas da concorrência, instituiu, numa leitura conjugada dos dispositivos, obrigações aos Estados-Membros de salvaguardar o efeito útil das normas de concorrência, em especial, dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Pretendemos assim abordar a aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE, que resulta na obrigação dos Estados-Membros de não tomarem ou manterem em vigor medidas, mesmo de natureza legislativa ou regulamentar, suscetíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência, especialmente, a proibição do abuso de posição dominante. Ressaltamos que os desenvolvimentos deste capítulo serão relevantes para a perceção do exemplo de caso, o processo *DEI*, escolhido para analisarmos as implicações decorrentes da aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE, nomeadamente, quando uma medida estatal promove desigualdades de oportunidades entre diferentes operadores económicos e, por consequência, a eliminação da concorrência efetiva num mercado conexo.

De forma a garantir a execução dos objetivos da União, o direito europeu estabelece competências especiais à Comissão Europeia, nos termos do n.º 3 do artigo 106.º do TFUE, de modo a impedir comportamentos ou efeitos estruturais suscetíveis de eliminar a efetividade das regras de concorrência aplicáveis às empresas. Como visto no *capítulo 3*, a Comissão promoveu um processo de alteração de paradigmas na intervenção estatal na economia e, por conseguinte, de liberalização de mercados historicamente relevantes, como, por exemplo, o setor de energia, telecomunicações e transportes aéreos.

Neste capítulo, iremos analisar a atuação direta da Comissão no exercício das competências conferidas pelo n.º 3 do artigo 106.º do TFUE (*ponto 6.1*), além disto iremos indicar as diretivas adotadas (*ponto 6.2*) e as decisões proferidas até o momento (*ponto 6.3*).

6.1 Poderes no âmbito do n.º 3 do artigo 106.º do TFUE

Sobre a temática, MOURA E SILVA²⁰⁹ ressalta o papel de “*guardião dos Tratados*” exercido pela Comissão, do qual se destaca não somente os amplos poderes delegados pelo Conselho, mas, também, a função de vigilância sobre os Estados-Membros, nomeadamente, quanto ao disposto no artigo 106.º do TFUE, que impõe a obrigação destes não adotarem medidas contrárias às regras da concorrência.

O Tribunal de Justiça, no arresto *Países Baixos e O./Comissão*²¹⁰, recorda que a Comissão não pode cumprir integralmente a sua missão, se só puder punir os comportamentos anticoncorrenciais das empresas, por força do poder de decisão que o Conselho lhe conferiu, com base no artigo [103.º] do Tratado, sem poder agir diretamente, ao abrigo do artigo [106.º, n.º 3], do Tratado, contra os Estados-membros que tomam ou mantêm, em relação às empresas públicas e às empresas a que concedem direitos especiais ou exclusivos, medidas que produzem um efeito anticoncursal similar.

Destarte, sob pena de privar o efeito útil das normas de concorrência, a Comissão tem competência para intervir não somente em relação à empresa a quem foi dada possibilidade de infringir estas regras, mas, também, em relação ao Estado-Membro responsável pela infração jusconcorrencial.

PAIS ANTUNES²¹¹, num estudo sobre esta matéria, entende que o exercício eficaz desse dever de vigilância pressupõe não só o estabelecimento de regras claras de comportamento, mas implica, de igual modo, o poder/dever da Comissão de declarar incompatível com o Tratado uma determinada medida visada pelo artigo 106.º, n.º 1 e de impor ao Estado-Membro em causa a obrigação de lhe comunicar, no prazo fixado, as medidas por ele tomadas para se conformar com a diretiva ou decisão que lhe foi dirigida.

Em consonância com o n.º 3 do artigo 106.º do TFUE, compete a Comissão Europeia velar pela aplicação do artigo 106.º, n.º 1, do TFUE, assim como, quando se apresentar necessário, dirigir aos Estados-Membros diretivas ou decisões. Com fundamento legal no n.º 3

²⁰⁹ MOURA E SILVA, Miguel. *op. cit.*, 2018. p. 283.

²¹⁰ Acórdão do TJ de 12.02.1992, *Países Baixos e O./Comissão*, Proc. C-48/90 e C-66/90, cons. 29 e 30.

²¹¹ PAIS ANTUNES, Luís Miguel. *op. cit.*, 1987. p. 340.

do artigo 106 do TFUE, a Comissão pode adotar decisões de caráter individual, bem como diretivas, instrumentos gerais de natureza legislativa ou quase legislativa.

Do acórdão *Portugal/Comissão*²¹² resulta que a opção, oferecida pelo artigo 106.º, n.º 3, do TFUE, entre diretiva ou decisão não depende dos Estados-Membros potencialmente afetados. Com efeito, essa escolha depende do objetivo prosseguido pela Comissão, conforme esta pretenda aprovar regras gerais que explanem as obrigações decorrentes do Tratado ou apreciar uma situação determinada, num ou vários Estados-Membros, na perspetiva do direito comunitário e determinar as consequências que daí decorrem para o ou os Estados-Membros em causa.

Ademais, de acordo com a jurisprudência do TJ²¹³, um Estado-Membro não pode justificar o incumprimento das obrigações que lhe incumbem por força do Tratado, pela circunstância de outros Estados-membros não terem igualmente cumprido as suas obrigações. Com efeito, na ordem jurídica estabelecida pelo Tratado, a aplicação do direito comunitário pelos Estados-membros não pode estar sujeita à condição de reciprocidade.

Segundo SAUTER,²¹⁴ o n.º 3 do artigo 106.º do TFUE serve a dois propósitos: i) estabelecer a responsabilidade da Comissão pela aplicação do dispositivo – como “guardião dos Tratados” tal responsabilidade seria presumível, mas reforça a sua capacidade nesta área, que tendem a ser carregados de sensibilidades políticas; ii) habilitar a Comissão a adotar distintos instrumentos jurídicos: diretivas e decisões.

Quanto ao segundo ponto, o supracitado autor, reforça que “*the power to adopt Decisions is itself not remarkable because the Commission is generally able to enact Decisions in areas where it is competent to act. In principle this regards individual cases. However, it is unique in the Treaties that the Commission is given a power to unilaterally – that is without having to rely on the European Parliament and the Council – adopt legislation*”²¹⁵.

Segundo o entendimento do Tribunal de Justiça²¹⁶, resulta do teor do artigo [106.º, n.º 3], e da sistemática do conjunto das disposições deste artigo, que a Comissão goza de um amplo poder de apreciação no domínio abrangido pelos seus n.ºs 1 e 3, tanto relativamente à ação que

²¹² Acórdão do TJ (Sexta Secção) de 29.03.2001, *Portugal/Comissão*, Proc. C-163/99, cons. 28.

²¹³ Acórdão do TJ (Quarta Secção) de 11.01.1990, *Blanguernon*, Proc. C-38/89, cons. 7.

²¹⁴ SAUTER, Wolf. *op. cit.*, 2015, p. 64-65.

²¹⁵ *Ibidem.*, p. 65

²¹⁶ Acórdão do TJ de 20.02.1997, *Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Comissão*, Proc. C-107/95P, cons. 27-28.

considere necessário desenvolver quer aos meios apropriados para esse fim. Conclui, ainda, que um particular não pode pretender, através de recurso, perante a recusa da Comissão em adotar uma decisão contra um Estado-Membro, obrigar indiretamente esse Estado-Membro a adotar um ato legislativo de alcance geral.

Sobre esta temática, BUENDIA SIERRA²¹⁷ destaca que, no âmbito deste dispositivo, “*the Commission considers itself to have total freedom to act or (more often) not to act and this may be easily influenced by reasons of (political) opportunity*”. Segundo o mesmo autor, esse tipo de abordagem aconteceu sempre com as infrações às regras comunitárias não concorrenciais, em que a Comissão tem uma abordagem bastante pragmática e orientada para as políticas. Conclui, num tom crítico, que a atuação não automatizada da Comissão, a todos os casos de aparente infração, tem implicações óbvias para a perceção da comunidade jurídica sobre a previsibilidade das regras em questão.

Assim sendo, decorre do artigo 106, n.º 3, do TFUE, amplos poderes para a Comissão adotar decisões ou diretivas, as primeiras podem ser adotadas quando identificadas infrações às obrigações dos Estados-Membro estabelecidas pelos Tratados, enquanto que as segundas podem ir mais além, legislando e prevenindo novas violações.

6.2 Diretivas

Nos termos do n.º 3 do artigo 106.º do TFUE, cabe a Comissão Europeia zelar pela aplicação do disposto nos demais números deste artigo, podendo dirigir aos Estados-Membros as diretivas. Neste sentido, a Comissão, além de poder de emitir decisões relativas às práticas abusivas em concreto, pode, igualmente, adotar diretivas com efeitos vinculativos a todos os Estados-Membros. Em outras palavras, o n.º 3 do supracitado artigo confere à Comissão a faculdade de emitir uma diretiva, sem com isso declarar a prática de uma infração às normas dos Tratados, nomeadamente, às de direito da concorrência por determinado(s) Estado(s)-Membro(s).

Verifica-se, assim, o efeito preventivo deste instrumento, que visa impedir a aplicação de medidas, por parte dos Estados-Membros, contrárias ao disposto nos Tratados, designadamente ao disposto nos artigos 18.º e 101.º a 109.º, inclusive.

²¹⁷ BUENDIA SIERRA, Jose Luis. *Exclusive or Special Rights under Article 106 TFEU: An Overview of EU and National Case Law*. e-Competitions, n.º 44436, mar. 2012. p. 2-3.

Com fundamento no dispositivo em causa, a Comissão Europeia adotou 15 Diretivas²¹⁸, que versam substancialmente sobre três matérias – ajustadas com os avanços tecnológicos e o decorrer do tempo – a transparência financeira entre os poderes públicos e as empresas públicas, o mercado de redes e serviços de comunicações eletrónicas e o mercado de equipamentos terminais de telecomunicações.

Cumpre tecer breves comentários sobre a primeira matéria sujeita a Diretiva da Comissão Europeia, ou seja, o controlo das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas. A Diretiva Transparência parte do pressuposto que a Comissão deverá estar na posse das necessárias informações financeiras para o adequado cumprimento dos seus deveres, isto por consequência do n.º 1 do artigo 106.º do Tratado, que impõe obrigações aos Estados-Membros no que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, bem como ao n.º 3 do mesmo artigo, que estabelece a Comissão, como defensora, da aplicação deste. Este facto implica na definição de regras para assegurar a transparência das relações financeiras, entre os Estado-Membros e as empresas estatais, a fim de assegurar condições de concorrência equitativas e não-discriminatórias entre os agentes económicos.

Neste sentido, temos a redação do preâmbulo desta Diretiva²¹⁹ ao esclarecer que: as situações complexas decorrentes da diversidade de formas que assumem as empresas públicas e privadas a quem foram concedidos direitos especiais ou exclusivos ou que foram encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, bem como a gama de atividades que podem ser exercidas por uma só empresa e o diferente grau de liberalização dos mercados nos diversos Estados-Membros podem complicar a aplicação das regras de concorrência, em especial do

²¹⁸ Diretiva 80/723/CEE da Comissão, de 25 de junho de 1980, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas; Diretiva 85/413/CEE da Comissão, de 24 de julho de 1985, que altera a Diretiva 80/723/CEE; Diretiva 88/301/CEE da Comissão, de 16 de maio de 1988, relativa à concorrência nos mercados de terminais de telecomunicações; Diretiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações; Diretiva 93/84/CEE da Comissão, de 30 de setembro de 1993, que altera a Diretiva 80/723/CEE; Diretiva 94/46/CE da Comissão, de 13 de outubro de 1994 que altera as Diretivas 88/301/CEE e 90/388/CEE; Diretiva 95/51/CE da Comissão, de 18 de Outubro de 1995, que altera a Diretiva 90/388/CEE; Diretiva 96/2/CE da Comissão, de 16 de janeiro de 1996, que altera a Diretiva 90/388/CEE; Diretiva 96/19/CE da Comissão, de 13 de março de 1996, que altera a Diretiva 90/388/CEE; Diretiva 1999/64/CE da Comissão, de 23 de junho de 1999, que altera a Diretiva 90/388/CEE; Diretiva 2000/52/CE da Comissão, de 26 de julho de 2000, que altera a Diretiva 80/723/CEE; Diretiva 2002/77/CE da Comissão, de 16 de setembro de 2002, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações eletrónicas; Diretiva 2005/81/CE da Comissão, de 28 de novembro de 2005, que altera a Diretiva 80/723/CEE; Diretiva 2006/111/CE da Comissão, de 16 de novembro 2006, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas (Versão codificada); e Diretiva 2008/63/CE da Comissão, de 20 de junho de 2008, relativa à concorrência nos mercados de equipamentos terminais de telecomunicações (Versão codificada).

²¹⁹ Cf. Diretiva 2006/111/CE da Comissão, *op. cit.*, cons. 14.

artigo 106.º do TFUE. É, portanto, necessário que os Estados-Membros e a Comissão disponham de informações pormenorizadas sobre a estrutura interna destas empresas, em termos financeiros e organizacionais, em especial de contas distintas e fiáveis relativas às diferentes atividades exercidas pela mesma empresa.

O outro importante conjunto de medida adotadas por diretivas pela Comissão, diz respeito ao setor das telecomunicações, nomeadamente, o mercado de equipamento de terminais e o mercado de redes e serviços de comunicações eletrónicas. Esta diretivas tinham por escopo a abertura destes mercados à concorrência na União, para isto previam a supressão dos direitos exclusivos ou especiais concedidos pelos Estados-Membros. Estas representaram a primeira fase de uma política dos mercados das telecomunicações e que conduziu à liberalização completa destes mercados.

Conforme o Tribunal de Justiça²²⁰, a competência atribuída à Comissão pelo artigo 106.º, n.º 3, do TFUE é exercida dentro de um âmbito específico de aplicação e de acordo com as condições definidas em termos do objetivo específico do referido artigo. Este poder da Comissão, para adotar diretivas, decorre dos imperativos inerentes ao seu dever de controlo, nos termos do artigo 106.º, e não põe em causa os poderes do Conselho definidos no artigo 109.º do TFUE.

No acórdão *França/Comissão*²²¹, o TJ elucida que, o n.º 3 do dispositivo em causa, confere à Comissão o poder de especificar genericamente, por meio de diretivas, as obrigações que resultam do n.º 1 deste artigo. A Comissão utiliza esse poder quando, sem tomar em consideração a situação especial que existe nos diferentes Estados-Membros, concretiza as obrigações que a estes se impõem por força do Tratado. A diretiva pela sua própria natureza, não pode servir para declarar que um Estado-Membro deixou de cumprir determinada obrigação que lhe incumbe por força do Tratado.

Por fim, podemos observar um certo desuso desta ferramenta na atualidade, que pode estar relacionado com a crescente preocupação com a legitimidade democrática das instituições europeias nos últimos anos, uma vez que a Comissão tem o poder de adotar esses instrumentos de natureza legislativa, sem depender do Conselho ou do Parlamento Europeu.

²²⁰ Acórdão *França, Itália e Reino Unido/Comissão*, *op. cit.*, cons. 14.

²²¹ Acórdão do TJ de 19.03.1991, *França/Comissão*, Proc. C-202/88, cons. 17.

Neste sentido, concordamos com o entendimento²²² de que parece duvidoso que ocorra a extinção de direitos especiais e exclusivos noutros setores por meio de Diretiva da Comissão, com fundamento no n.º 3 do artigo 106.º, como aconteceu nos mercados das telecomunicações.

6.3 Decisões

Como visto, o dispositivo em causa outorga igualmente à Comissão o poder de adotar decisões a declarar uma infração ao n.º 1 do artigo 106.º do TFUE, conjugado com outro dispositivo do Tratado, bem como a exigir ao(s) Estado(s)-Membro(s) a correção das identificadas medidas anticoncorrenciais.

Até o presente momento, a Comissão adotou 18 decisões²²³ com fundamento neste dispositivo relativo a mercados estratégicos, como dos transportes, das telecomunicações, dos serviços postais e da eletricidade.

BUENDIA SIERRA enfatiza que as decisões adotadas pela Comissão, com base neste dispositivo, constituem *“the tip of the iceberg. Most of the cases dealt with by the Commission based on Article [106] are settled without the need to resort to a formal decision”*²²⁴.

Cumprе sublinhar que, regra geral, na hipótese de a Comissão considerar que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, esta

²²² SAUTER, Wolf. *op. cit.*, 2015. P. 65.

²²³ Decisão 85/276/EEC relativa ao seguro de propriedade pública na Grécia e empréstimos concedidos por bancos estatais gregos, de 24.04.1985; Decisão 87/359/CEE relativa às reduções das tarifas dos transportes aéreo e marítimo exclusivamente reservadas aos espanhóis residentes nas ilhas Canárias e Baleares, de 22.06.1987; Decisão 90/16/CEE relativa à prestação do serviço de correio rápido nos Países Baixos, de 20.12.1989; Decisão 90/456/CEE relativa à prestação de serviços de correio rápido internacional em Espanha, de 01.08.1990; Decisão 94/119/CE relativa à recusa de acesso às instalações do porto de Rødby, de 21.12.1993; Decisão 95/364/CE relativa ao sistema de descontos sobre as taxas de aterragem aplicado no aeroporto Bruxelas-Nacional (Zaventem), de 28.06.1995; Decisão 95/489/CE relativa às condições impostas ao segundo operador de radiotelefonia GSM em Itália, de 04.10.1995; Decisão 97/606/CE relativa ao direito exclusivo de emitir publicidade televisiva na Flandres, de 26.06.1997; Decisão 97/744/CE relativa às disposições da legislação portuária italiana em matéria de trabalho, de 21.10.1997; Decisão 97/745/CE relativa à tarifa de pilotagem no porto de Génova, de 21.10.1997; Decisão 97/181/CE relativa às condições impostas ao segundo operador de serviços de radiotelefonia GSM em Espanha, de 18.12.1996; Decisão 1999/199/EC: Aeroportos portugueses (C (1999) 243), de 10.02.1999; Decisão 2000/521/EC: Aeroportos espanhóis (C (2000) 2267), de 26.07.2000; Decisão 2001/176/EC, relativa à prestação em Itália de novos serviços postais que garantem a entrega em data ou hora certas (C (2000) 4067), de 21.12.2000; Decisão 2002/344/CE, relativa à inexistência de um controlo exaustivo e independente das condições tarifárias e técnicas aplicadas pela La Poste às empresas de encaminhamento no que se refere ao acesso aos seus serviços reservados (C (2001) 3186), de 23.10.2001; Decisão sobre a legislação postal alemã relativa aos serviços de preparação de correio, nomeadamente, ao acesso de intermediários e consolidadores à rede postal pública e tarifas especiais relacionadas, de 20.10.2004; Decisão relativa à concessão ou à manutenção, pela República Helénica, dos direitos a favor da Public Power Corporation SA para a extracção de linhite (C (2008) 824 final), de 05.03.2008; Decisão relativa à legislação postal eslovaca em matéria de serviços de correio híbrido (C (2008) 5912), de 07.10.2009.

²²⁴ BUENDIA SIERRA, Jose Luis. *op. cit.*, 2000. p. 385.

pode, caso o Estado em causa não proceda em conformidade com o parecer fundamentado sobre o assunto, recorrer ao TJUE, nos moldes do artigo 258.º do TFUE.

Destarte, o poder atribuído à Comissão pelo dispositivo ora em análise é uma exceção à regra geral das ações por incumprimento, intentadas no âmbito dos artigos 258.º ou 259.º do TFUE, segundo as quais cabe ao TJUE confirmar se o Estado-Membro não cumpriu as suas obrigações e, em caso afirmativo, determinar a cessação da infração.

Contudo, este poder extraordinário não é exclusivo a esta matéria. De modo semelhante, com base nos artigos 105.º e 108.º do TFUE, a Comissão pode adotar decisões relativas às práticas abusivas proibidas pelos artigos 101.º (práticas colusivas) e 102.º do TFUE (abusos de posição dominante), bem como relativas ao artigo 107.º do TFUE (auxílios de estado).

Deste modo, resulta da jurisprudência assente do Tribunal de Justiça²²⁵ que a Comissão tem o poder de declarar que uma medida estatal determinada é incompatível com as regras do Tratado e de indicar as medidas que o Estado destinatário deve adotar para cumprir as obrigações resultantes do direito comunitário.

Ademais, pode um particular, eventualmente, dispor do direito de interpor um recurso de anulação, nos termos do artigo 263.º, quarto parágrafo, do TFUE, de uma decisão da Comissão adotada com fundamento no artigo 106.º, n.º 3, do TFUE²²⁶.

Entretanto, segundo o entendimento consolidado pelo TJ, a Comissão tem uma margem de discricionariedade para exercer os poderes conferidos pelo artigo 106.º, n.º 3 do TFUE, analogamente ao que resulta do artigo 258.º do TFUE.

Decorre, assim, da redação e da economia do disposto no artigo 106.º, n.º 3 do TFUE, que a Comissão não é obrigada a mover uma ação na aceção das referidas disposições, uma vez que os particulares não podem exigir que esta instituição tome posição em determinado sentido²²⁷. Ademais, nenhum princípio geral de direito comunitário impõe que seja admissível que uma empresa impugne, no tribunal comunitário, a recusa da Comissão de mover contra um Estado-Membro uma ação com base no artigo 106.º, n.º 3, do TFUE²²⁸.

²²⁵ Cf. Acórdão do TJ de 20.02.1997, *Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Comissão*, Proc. C-107/95 P, cons. 23.

²²⁶ Cf. Acórdão *Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Comissão*, *op. cit.*, cons. 24.

²²⁷ Acórdão do TJ (Grande Secção) de 22.02.2005, *Comissão/max-mobil*, Proc. C-141/02 P, cons. 69.

²²⁸ *Ibidem.*, cons. 72.

Reforça-se o consolidado no acórdão *Países Baixos e O./Comissão*²²⁹, segundo o qual, sob pena de privar de qualquer efeito útil a competência para adotar decisões, conferida pelo artigo 106.º, n.º 3 do TFUE à Comissão, há que lhe reconhecer o poder de declarar que uma medida estatal determinada é incompatível com as regras do Tratado e de indicar as medidas que o Estado destinatário deve adotar para cumprir as obrigações resultantes do direito comunitário.

Neste sentido, as decisões são adotadas em função de uma situação determinada num ou mais Estados-Membros, a decisão inclui necessariamente uma apreciação dessa situação à luz do direito comunitário e determina as consequências que dela resultam para o Estado-Membro em causa, tendo em conta as exigências inerentes ao cumprimento da missão particular conferida a uma empresa, se esta estiver encarregue da gestão de serviços de interesse económico geral²³⁰.

Todavia, a Comissão, em 2005, adotou a Decisão 2005/842/CE, com fundamento no n.º 3, do artigo 106.º, TFUE, atualmente substituída pela Decisão 2012/21/EU, de 20 de dezembro de 2011, em vigor, que visa clarificar as condições de aplicação do artigo 106.º, n.º 2, do TFUE aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral (denominada por *Decisão SIEG*).

Cumprе sublinhar que esta Decisão possui contornos peculiares, primeiro, por se trata de uma decisão com aplicação geral aos Estados-Membros; segundo, por ser parte de um conjunto de medidas relativo aos auxílios estatais e serviços de interesse económico geral; e, terceiro, por clarificar a aplicação do n.º 2 do artigo 106.º e o controlo dos auxílios de estado, conforme o entendimento jurisprudencial²³¹.

BUENDIA SIERRA²³² destaca que a Comissão utilizou recentemente o artigo 106.º, n.º 3, como um instrumento quase legislativo e, por conseguinte, alterou progressivamente a principal utilização desta disposição de instrumento de liberalização, para atualmente utilizar como instrumento de clarificação no domínio dos auxílios estatais aos SIEG.

²²⁹ Acórdão *Países Baixos e O./Comissão*, *op. cit.*, cons. 28

²³⁰ *Ibidem.*, cons. 27

²³¹ Cf. Acórdão do TJ de 24.07.2003, *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, Proc. C-280/00.

²³² BUENDIA SIERRA, Jose Luis. *op. cit.*, 2012. p. 7.

O supracitado autor conclui que a utilização de decisões nestas situações é relevante, especialmente, em dois aspetos: *“First, despite being a Decision, it is addressed to all Member States and therefore has a quasi-legislative nature. Second, this is the first time that the Commission has used this legal basis not to clarify the scope of the prohibitions under Article 106(1) but to clarify the scope of the exemptions allowed under Article 106(2)”*.²³³

Destarte, verifica-se uma predileção por parte da Comissão, no exercício dos poderes do n.º 3 do artigo 106.º do TFUE, para emitir decisões, ainda que a utilização deste instrumento seja suscetível de ampla discricionariedade na determinação de atuar ou não nestas situações, tal facto tem implicações óbvias sobre a previsibilidade das regras em questão.

Por fim, resulta da interpretação jurisprudencial a garantia do princípio do contraditório e o respeito aos direitos de defesa neste tipo de processos,²³⁴ *in verbis*: em qualquer processo iniciado contra um terceiro e suscetível de culminar com um ato que afete os seus interesses, constitui um princípio fundamental de direito comunitário e deve ser garantido, mesmo na falta de regulamentação específica. Este princípio exige que, antes da adoção da decisão, ao abrigo do artigo [106.º, n.º 3] do Tratado, seja feita ao Estado-membro em causa uma exposição precisa e completa das acusações contra ele formuladas pela Comissão.

Levando-se em consideração esses aspetos, escolhemos examinar no próximo capítulo o processo *Comissão/DEI*, decorrente de uma decisão da Comissão de 2008, na qual restou declarado que a concessão e a manutenção de licença exclusiva de extração e de exploração de lenhite pela Grécia eram contrárias ao artigo 106.º, n.º 1, do TFUE, conjugado com o artigo 102.º do TFUE, uma vez que criavam uma situação de desigualdade de oportunidades entre os operadores económicos, no que se refere ao acesso aos combustíveis primários para efeitos da produção de eletricidade, e permitiam à DEI manter ou reforçar a sua posição dominante no mercado grossista de eletricidade da Grécia, excluindo qualquer nova entrada no mercado ou criando entraves à mesma.

²³³ *Ibidem.*, p. 7.

²³⁴ Acórdão *Países Baixos e O./Comissão*, *op. cit.*, cons. 44 e 45.

7 CASO COMISSÃO v. DEI

Como versado anteriormente, a Comissão exerce um papel de “guardião dos Tratados”, do qual se destaca não somente os pelos poderes delegados, mas, também, a função de vigilância sobre os Estados-Membros, nomeadamente, quanto ao disposto no artigo 106.º do TFUE, que impõe a obrigação desses não adotarem medidas contrárias às regras da concorrência.

Como resulta do entendimento assente do TJ, a Comissão não pode cumprir integralmente a sua missão, se só puder punir os comportamentos anticoncorrenciais das empresas, sem poder agir diretamente, ao abrigo do artigo 106.º, n.º 3, do TFUE, contra os Estados-membros que tomam ou mantêm, em relação às empresas públicas e às empresas a que concedem direitos especiais ou exclusivos, medidas que produzem um efeito anticoncorrencial similar.

Destarte, sob pena de privar o efeito útil deste dispositivo, a Comissão tem competência para intervir não somente em relação à empresa a quem foi dada possibilidade de infringir as regras de concorrência, mas, também, em relação ao Estado-Membro responsável pela medida.

Neste sentido, selecionamos o recente processo *DEI/Comissão*, resultante de uma decisão da Comissão, envolvendo a conceção de licença exclusiva de extração e de exploração de lenhite pela República Helénica e seus efeitos no mercado a jusante de eletricidade. No *ponto 7.1*, realizaremos uma síntese da apreciação por parte da Comissão, bem como do litígio no âmbito do Tribunal Geral e do Tribunal de Justiça.

Ato contínuo, iremos abordar os desdobramentos desta controvérsia perante o TJUE, nomeadamente, quanto ao emprego conjugado dos artigos 102.º e 106.º, n.º 2, do TFUE e a possibilidade de aplicação da teoria da extensão da posição dominante (*ponto 7.2*), bem como a diferença entre a aplicação autónoma do artigo 102.º para a sua aplicação conjugada com o n.º 1 do artigo 106 do TFUE (*ponto 7.3*).

7.1 Síntese do litígio

Em 2003, a Comissão recebeu uma queixa apresentada por um particular, segundo a qual a decisão do Estado grego de conceder à *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE* (DEI), uma licença exclusiva de extração e de exploração de lenhite (minério de carvão utilizado, essencialmente, para a produção de eletricidade) na Grécia era contrária ao artigo [106.º, n.º 1, TFUE], conjugado com o artigo [102.º TFUE].

De acordo com as informações disponíveis, a DEI foi criada em 1950, sob a forma de uma empresa pública que detinha o direito exclusivo de produzir, transportar e fornecer eletricidade na Grécia. Em 1996, passou a ser uma sociedade por ações, no entanto, tinha o Estado como acionista único. Em 2001, foi transformada em sociedade anónima, por força da Lei grega que transpôs a Diretiva 96/92/CE, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade. Na altura da decisão, o Estado grego detinha 51,12% das ações desta empresa.

Cumprе ressaltar a interligação dos mercados, com a entrada em vigor da transposição da supracita diretiva em 2005, foi criado um mercado diário obrigatório para todos os vendedores e compradores de eletricidade na rede de interconexão grega que abrange a Grécia continental e algumas ilhas gregas. Nesse mercado, os produtores e os importadores de eletricidade injetam e vendem a sua produção e as suas importações numa base diária. A entidade que gere a rede de transporte de eletricidade na Grécia elabora o programa horário de carregamento das centrais para o dia seguinte. Em primeiro lugar, esta entidade tem em ponderação a injeções de eletricidade produzida a partir de energias renováveis que beneficiam de prioridade. Em seguida, tem em consideração a eletricidade oferecida pelas centrais térmicas, entre as quais as alimentadas a lenhite, a gás e a petróleo. Relativamente a estas últimas, as tarifas horárias propostas pelos produtores devem ser, pelo menos, iguais ao custo variável da central. As propostas das centrais elétricas que tenham o custo variável mais baixo são as primeiras a ser selecionadas.

Nesta senda, em 5 de março de 2008, a Comissão adotou a Decisão C (2008) 824 final, nos termos do n.º 3 do artigo 106.º do TFUE, relativa à concessão ou à manutenção em vigor por parte da República Helénica dos direitos a favor da DEI para a extração de lenhite (Decisão)²³⁵.

Nesta decisão, a Comissão examinou o impacto de algumas medidas adotadas pela Grécia em dois mercados distintos, o mercado de fornecimento de lenhite grego (mercado a montante) e o mercado grossista de eletricidade na Grécia (mercado a jusante).

²³⁵ COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão relativa à concessão ou à manutenção, pela República Helénica, dos direitos a favor da Public Power Corporation SA para a extração de lenhite (C (2008) 824 final), de 05.03.2008*. Versão não confidencial disponível em inglês: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38700/38700_517_3.pdf.

A Comissão considerou que a DEI detinha nestes dois mercados uma posição dominante com uma quota de mercado superior, respetivamente, a 97% e a 85%. Ademais, concluiu que não havia perspectiva de nova entrada suscetível de diminuir significativamente a sua quota no mercado grossista de eletricidade – não constituindo as importações um obstáculo real de concorrência, pois somente representam 7% do consumo total²³⁶.

A Comissão referiu que este devia ser liberalizado, em conformidade com a Diretiva 96/92, a partir de 19 de fevereiro de 2001 e que incluía o fornecimento aos clientes elegíveis da eletricidade produzida à escala nacional e importada.

Quanto às medidas adotadas pela República Helénica, a Comissão concluiu que esta, por um lado, por força do Decreto Legislativo n.º 4029/1959 e da Lei n.º 134/1975, tinha concedido à DEI direitos de exploração para 91% das jazidas públicas de lenhite e, por outro, apesar das possibilidades previstas pelo Código Mineiro, não tinha concedido um direito sobre uma jazida significativa a nenhum dos seus concorrentes. A Comissão acrescenta que as centrais que funcionam a lenhite, que são as que têm menos custos na Grécia, são as mais utilizadas, uma vez que produzem 60% da eletricidade que permite abastecer a rede interconectada.

A Comissão referiu que, devido à manutenção de direitos de exploração da lenhite de quase monopólio a favor da recorrente, a República Helénica tinha mantido ou reforçado a sua posição dominante no mercado a jusante, na medida em que as centrais que funcionam a lenhite eram as menos dispendiosas neste mercado e, consequentemente, as mais utilizadas.

A Comissão concluiu que a República Helénica não tinha invocado o artigo [106.º, n.º 2, do TFUE] para justificar a adoção das medidas em causa e considerou que estas medidas afetavam as trocas comerciais entre Estados.

Por fim, a Comissão adotou, em três artigos a sua decisão endereçada à República Helenística. O artigo 1.º da decisão tem a seguinte redação:

O artigo 22.º, n.º 1, do Decreto Legislativo, n.º 4029/1959, o artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 134/1975 e as decisões do Ministro grego da Indústria, da Energia e das Tecnologias de 1976, de 1988 e de 1994, são contrários ao artigo [106.º, n.º 1, TFUE], conjugado com o artigo [102.º do TFUE], na medida em que concedem e mantêm direitos privilegiados a favor da [DEI] para a exploração de lenhite na Grécia, criando assim uma situação de desigualdade de oportunidades entre os operadores económicos no que se refere ao acesso a combustíveis

²³⁶ COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão C (2008) 824 final*, op. cit., cons. 177 e 179.

primários para fins da produção de eletricidade, permitindo à [DEI] manter ou reforçar a sua posição dominante no mercado grossista de eletricidade da Grécia, excluindo ou dificultando novas entradas no mercado.

Por sua vez, o artigo 2.º da decisão estabelece que a República Helénica deve informar a Comissão, num prazo de dois meses a contar da notificação da decisão, das medidas que pretende adotar para corrigir os efeitos anticoncorrenciais das medidas estatais visadas no artigo 1.º. Ademais, determina que tais medidas devem ser adotadas e aplicadas num prazo de oito meses a contar da notificação, bem como que a República Helénica deve abster-se de adotar qualquer medida que possa agravar a situação²³⁷.

Em 13 de maio de 2008, a DEI interpôs recurso de anulação da Decisão perante o Tribunal Geral. A República Helénica interveio em apoio da DEI durante o processo, ao passo que duas empresas que operam no domínio da produção de eletricidade na Grécia – quais sejam, a *Elliniki Energeia kai Anaptyxi AE* (HE & DSA) e a *Energeiaki Thessalonikis AE* – intercederam em apoio dos pedidos da Comissão.

Em sede de recurso, a DEI invocou quatro fundamentos: *i*) a erros de direito na aplicação das disposições conjugadas dos artigos [106.º, n.º 1, do TFUE] e [102.º do TFUE] e a um erro manifesto de apreciação; *ii*) violação do dever de fundamentação previsto no artigo [296.º do TFUE]; *iii*) violação dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima e da proteção da propriedade privada e, por outro, a desvio de poder; e *iv*) violação do princípio da proporcionalidade.

No Acórdão de 20 de setembro de 2012, *DEI/Comissão*²³⁸, o TG, anulou a Decisão e condenou a Comissão a suportar as suas próprias despesas, assim como as despesas da

²³⁷ O Estado grego apresentou, posteriormente, uma série de medidas que pretendia adotar para garantir o acesso dos concorrentes da DEI à produção de lenhite e de lenhite no mercado grego da eletricidade. Essas medidas foram especificadas por uma decisão da Comissão em 2009. Essa decisão, assim como a de 2008, foi objeto de recurso no TJUE. No final de 2016, as decisões da Comissão tornaram-se definitivas e vinculativas. Em 17 de abril de 2018, a Comissão emitiu uma nova decisão com as medidas apresentadas pela Grécia e revista que são aptas a resolver as preocupações concorrenciais nas atuais circunstâncias de mercado e dos objetivos ambientais. Sobre estes desenvolvimentos ver: COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão que institui medidas específicas para obviar aos efeitos anticoncorrenciais decorrentes da infração identificados na Decisão da Comissão, de 5 de março de 2008, relativa à concessão ou à manutenção pela República Helénica de direitos a favor da Public Power Corporation S.A. para extração de lignite* (C (2009) 6244 final), de 04.08.2009; COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão que institui medidas específicas para corrigir os efeitos anticoncorrenciais da infração identificada na Decisão da Comissão, de 5 de março de 2008, relativa à concessão ou à manutenção pela República Helénica de direitos a favor da Public Power Corporation S.A. para extração de lignite* (C(2018) 2104 final), de 17.04.2018; e Acórdão do TG (Primeira Secção) de 20.09.2012, *DEI/Comissão II*, Proc. T-421/09 RENV; e Acórdão do TJ (Terceira Secção) de 17.07.2014, *Comissão/DEI II*, Proc. C-554/12 P.

²³⁸ Acórdão do TG (Sexta Secção) de 20.09.2012, *DEI/Comissão*, Proc. T-169/08.

recorrente. Em síntese, o TG concluiu que a Comissão não pode argumentar não ser obrigada a identificar e a demonstrar o abuso de posição dominante a que a medida estatal em causa conduziu ou podia conduzir a empresa recorrente, razão pela qual entendeu que a decisão impugnada devia ser anulada, sem ser necessário examinar as outras alegações, partes e fundamentos aduzidos.

Em 30 de novembro de 2012, a Comissão interpôs recurso ao Acórdão do TG, nos termos do artigo 56.º do Estatuto do TJUE, pedindo a anulação do acórdão, bem como a decisão definitiva do litígio e a condenação da DEI nas despesas das duas instâncias. A Comissão alegou que o TG: i) incorreu num erro de direito no que respeita à interpretação e aplicação das disposições conjugadas do artigo 106.º, n.º 1, do TFUE, e do artigo 102.º do TFUE, ao julgar que a Comissão devia identificar e provar o comportamento abusivo a que a medida estatal em causa tinha levado ou podia levar a DEI; ii) que o acórdão recorrido se baseava numa fundamentação imprecisa, incompleta e insuficiente, numa qualificação errada e numa desvirtuação das provas, bem como numa interpretação errada do fundamento da decisão controvertida.

Em apoio aos pedidos da Comissão, as empresas que operam no setor elétrico grego *Mytilinaios AE*, *Protergia AE* e *Alouminion AE*, pediram que fosse admitida a sua intervenção no processo relativo ao recurso. Por despacho de 11 de julho de 2013, o vice-presidente do Tribunal de Justiça deferiu este pedido.

Por acórdão de 17 de julho de 2014, *Comissão/DEI*²³⁹, o Tribunal de Justiça anulou o acórdão do Tribunal Geral, julgou improcedentes a segunda e a quarta partes do primeiro fundamento, remeteu o processo ao Tribunal Geral para que este se pronunciasse sobre as questões que não apreciou e reservasse para final a decisão quanto às despesas.

Em suma, o TJ²⁴⁰ considerou que, segundo a jurisprudência, um Estado-Membro viola as proibições estabelecidas no artigo [106.º, n.º 1, do TFUE], conjugado com o artigo [102.º do TFUE] quando adota uma medida legislativa, regulamentar ou administrativa que cria uma situação em que uma empresa pública ou uma empresa à qual conferiu direitos especiais ou exclusivos seja levada, pelo simples exercício dos direitos privilegiados que lhe foram conferidos, a explorar a sua posição dominante de modo abusivo, ou quando esses direitos

²³⁹ Acórdão do TJ (Terceira Secção) de 17.07.2014, *Comissão/DEI*, Proc. C-553/12 P.

²⁴⁰ *Ibidem.*, cons. 41.

possam criar uma situação em que essa empresa seja levada a cometer esses abusos. A este propósito, não é necessário que se verifique realmente o abuso.

O Tribunal de Justiça²⁴¹ conclui que importa apenas que a Comissão identifique uma consequência anticoncorrencial, potencial ou real, suscetível de resultar da medida estatal em causa. Assim, uma violação desse tipo pode ser constatada quando as medidas estatais em causa afetam a estrutura do mercado ao criarem condições desiguais de concorrência entre as empresas, ao permitirem à empresa pública ou à empresa a quem foram concedidos direitos especiais ou exclusivos manter, por exemplo, através da criação de entraves à entrada de novos concorrentes nesse mercado, reforçar ou alargar a sua posição dominante a outro mercado, restringindo assim a concorrência, e isto sem ser necessário provar a existência real de uma prática abusiva.

Ademais, o TJ afastou a alegada obrigação de a Comissão demonstrar o impacto da violação das disposições conjugadas dos artigos 106.º, n.º 1, e 102.º do TFUE nos interesses dos consumidores, podendo este último artigo, além disso, visar práticas que causam um prejuízo ao lesar uma estrutura de concorrência efetiva.

Tendo em conta os desenvolvimentos foi negado provimento à segunda e quarta partes do primeiro fundamento suscitado pela DEI e remetido o processo para o TG, para que este examinasse a primeira, terceira e quinta partes do primeiro fundamento e os outros fundamentos invocados pela DEI.

Em 15 de dezembro de 2016, o Tribunal Geral em nova decisão *DEI/Comissão*²⁴² julgou improcedente os fundamentos remanescentes, negando provimento ao recurso na íntegra e, por conseguinte, tornando as decisões da Comissão definitivas e vinculativas.

Tendo em vista as questões observadas pelo Tribunal de Justiça no caso supramencionado e de forma a depreender os fundamentos da aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 2, do TFUE, destacaremos duas questões sobre esta matéria, primeiro, a extensão da posição dominante decorrente de medida estatal e, posteriormente, a aplicação autónoma do artigo 102.º em contraste com a aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE.

²⁴¹ *Ibidem.*, cons. 46.

²⁴² Acórdão do TJ (Primeira Secção) de 15.12.2016, *DEI/Comissão*, Proc. T-169/08 RENV.

7.2 Medida estatal e extensão da posição dominante

Antes de adentrar nos aspetos supramencionados, verificamos que os tratamentos jurisprudenciais são diferentes a depender das consequências da medida estatal. Explicamos.

Recorda-se que, segundo a jurisprudência assente do TJ²⁴³, o simples facto de se criar uma posição dominante através da concessão de direitos exclusivos, na aceção do artigo 106.º, n.º 1, do TFUE, não é, por si só, incompatível com o artigo 102.º do TFUE. De modo que um Estado-Membro só viola estas disposições quando a empresa em causa seja levada, pelo simples exercício dos direitos exclusivos que lhe foram atribuídos, *a explorar a sua posição dominante* de modo abusivo *ou* quando esses *direitos possam criar uma situação* em que essa empresa seja levada a cometer esses abusos.

Entendemos que a aplicação do artigo 106.º, n.º 1, conjugada com o artigo 101.º ou 102.º do TFUE, pode ser dividida em dois grupos de abordagem: *i)* fundada no *comportamento abusivo da empresa*, na qual exige-se um nexo de causalidade entre, por um lado, a medida estatal e por outro, o comportamento anticoncorrencial das empresas²⁴⁴; *ii)* baseada nos *efeitos estruturais da medida estatal*, aplicável quando a concessão ou manutenção de direito privilegiados é uma medida estrutural que tradicionalmente favorece os comportamentos anticoncorreciais.

Feitas estas considerações, pretendemos identificar, com base na jurisprudência do TJUE, quais são os pressupostos da aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE, nos casos de extensão da posição dominante para um mercado conexo.

O Tribunal de Justiça, no Acórdão *Comissão/DEI*, sedimentou a teoria da extensão da posição ou “teoria dos efeitos”, isto é, a medida estatal provoca, nos casos em que a empresa em posição dominante é verticalmente integrada, a extensão da mesma posição de um mercado para outro tem efeitos semelhantes aos produzidos por um abuso dessa posição.

²⁴³ Acórdão *Höfner e Elser*, *op. cit.*, cons. 29; Acórdão *ERT*, *op. cit.*, cons. 37; Acórdão *Merci convenzionali porto di Genova*, *op. cit.*, cons. 16 e 17; Acórdão *Centre d'insémination de la Crespelle*, *op. cit.*, cons. 18; Acórdão *Raso e o.*, *op. cit.*, cons. 27; e Acórdão *Pavlov e o.*, *op. cit.*, cons. 127.

²⁴⁴ Para WHISH e BAILEY, parte dos acórdãos estabelecem como necessária uma relação causal, o que impõem um limiar bastante elevado antes de um Estado-Membro ser considerado responsável, enquanto que em outros arrestos, e.g. o caso *DEI*, sugerem um limiar mais baixo. Os autores concluem que parece claro é que o nexo de causalidade deve ser mais forte em alguns tipos de casos do que em outros, dependendo da probabilidade de o comportamento abusivo seguir a medida em questão. WHISH, Richard; BAILEY, David. *op.cit.*, 2015. p. 242.

Nestes casos, aplica-se a chamada “teoria dos efeitos” da medida estatal na aceção da aplicação conjugada dos artigos 106.º, n.º 1, e o artigo 102.º, ambos do TFUE. Por isto ²⁴⁵, “há violação destas disposições quando uma medida imputável a um Estado-Membro cria um risco de abuso de posição dominante”.

O TJ estabeleceu, no acórdão *GB-Inno-BM*,²⁴⁶ que a extensão do monopólio do estabelecimento e da exploração da rede telefónica no mercado dos aparelhos telefónicos, sem justificação objetiva, é proibida como tal pelo artigo [102.º] ou pelo n.º 1 do artigo [106.º], em relação ao artigo [102.º], sempre que essa extensão seja o resultado de uma medida estatal. Ademais, resulta, deste arresto e doutras decisões mais recentes²⁴⁷, que um sistema de concorrência não falseada, como o que está previsto no Tratado, só pode ser garantido se estiver garantida a igualdade de oportunidades entre os diferentes operadores económicos.

No mesmo sentido foi o acórdão *Raso e o.*²⁴⁸, que considerou um quadro jurídico como o da legislação em causa é em si mesmo contrário ao artigo [106.º], n.º 1, conjugado com o artigo [102.º] do Tratado. Neste contexto, pouco importa que o órgão jurisdicional de reenvio não tenha verificado qualquer abuso efetivo da antiga companhia portuária transformada, pois esta encontra-se numa situação de conflito de interesses.

O Advogado-Geral ALBER²⁴⁹ em suas conclusões no âmbito do processo TNT Traco, destaca que no caso da aplicação conjugada, deixa de ser necessária uma concentração na empresa em posição dominante de todos os critérios de facto enunciados no artigo [102.º] do TFUE. Conclui que uma medida das autoridades públicas, em particular a concessão de direitos exclusivos, que conduz a uma situação que, em razão da sua estrutura, é abusiva, constitui igualmente um abuso.

No acórdão *Ambulanz Glöckner*²⁵⁰, o TJ concluiu, com base em decisões anteriores²⁵¹, que constitui um abuso na aceção do artigo [102.º] do Tratado, o facto de uma empresa que detém uma posição dominante num dado mercado reservar para si própria, sem necessidade objetiva, uma atividade auxiliar que poderia ser exercida por uma empresa terceira no quadro

²⁴⁵ Acórdão Comissão/DEI, *op. cit.*, cons. 42.

²⁴⁶ Acórdão *GB-Inno-BM*, *op. cit.*, cons. 24.

²⁴⁷ *Ibidem.*, cons. 25. Ver também Acórdão *Connect Austria*, *op. cit.*, cons. 83; e Acórdão *França/Comissão*, *op. cit.*, cons. 51; Acórdão *MOTOE*, *op. cit.*, cons. 51; Acórdão *Comissão/DEI*, cons. 43.

²⁴⁸ Acórdão *Raso e o.*, *op. cit.*, cons. 31 e 28; e nota 98.

²⁴⁹ Conclusões do Advogado-Geral Siegbert Alber de 01.02.2001, *TNT Traco*, Proc. C-340/99, cons. 65 e 66

²⁵⁰ Acórdão *Ambulanz Glöckner*, *op. cit.*, cons. 40.

²⁵¹ Acórdão *GB-Inno-BM*, *op. cit.*, cons. 18 e 21; e Acórdão *Dusseldorp e O.*, *op. cit.*, cons. 61.

de atividades desta num mercado próximo, mas distinto, com o risco de eliminar qualquer concorrência por parte dessa empresa. Se a extensão da posição dominante da empresa a que o Estado concedeu direitos especiais ou exclusivos é o resultado de uma medida estatal, essa medida constitui uma violação do artigo [106.º, n.º 1], conjugado com o seu artigo [102.º do TFUE].

Deste modo, restou consolidado na jurisprudência do Tribunal de Justiça que a extensão de uma posição dominante para atividade auxiliar em mercado distinto, que poderia ser exercida por uma empresa terceira, é uma conduta abusiva, em razão do risco de eliminar qualquer concorrência no mercado conexo.

Cumprе sublinhar que essas implicações desempenharam um papel fundamental no processo de liberalização, como confirmado no processo sobre a Diretiva da Comissão sobre os serviços de telecomunicações²⁵², *in verbis*: “(...) o Tribunal de Justiça também considerou que a extensão do monopólio do estabelecimento e da exploração da rede telefónica ao mercado dos aparelhos telefónicos, sem justificação objetiva, era proibida como tal pelo artigo [102.º], ou pelo artigo [106.º, n.º 1], conjugado com o artigo [102.º], quando essa extensão resulte de uma medida estatal, conduzindo assim a eliminar a concorrência. Impõe-se a mesma conclusão quando o monopólio do estabelecimento e da exploração se estenda ao mercado dos serviços de telecomunicações. (...) A Comissão tinha, pois, fundamento para exigir a eliminação dos direitos exclusivos no que diz respeito ao fornecimento de determinados serviços de telecomunicações”.

No acórdão *MOTOE*²⁵³ e, mais recentemente, no *Comissão/DEI*²⁵⁴, o TJ concluiu que um Estado-Membro viola as proibições estabelecidas nestas duas disposições quando a empresa em causa seja levada, pelo simples exercício dos direitos especiais ou exclusivos que lhe foram atribuídos, a explorar a sua posição dominante de modo abusivo ou quando esses direitos possam criar uma situação em que essa empresa seja levada a cometer esses abusos. A este propósito, não é necessário que o abuso se produza realmente.

²⁵² Acórdão do TJ de 12.11.1992, *Espanha e o./Comissão*, Proc. 13/77, cons. C-271/90.

²⁵³ Acórdão *MOTOE*, *op. cit.*, cons. 50.

²⁵⁴ Acórdão *Comissão/DEI*, cons. 41. Para SIBONY, “*Au final, la tentative du Tribunal de renverser la présomption d’abus à laquelle revient la doctrine de l’abus automatique a échoué non seulement en droit mais aussi en l’espèce et la décision initiale de la Commission est confirmée*”. SIBONY, Anne-Lise. *Marché pertinent : Le Tribunal de l’Union européenne rend son épilogue sur l’application conjointe des articles 106 et 102 TFUE au secteur électrique en Grèce (DEI)*, 15 décembre 2016. *Concurrences* n.º 1, art. n.º 83322, p. 102.

Pode-se depreender que, independentemente, da existência efetiva de um abuso ocorre uma violação das disposições conjugadas dos artigos 106.º, 1.º, e 102.º do TFUE, a partir do momento em que uma medida estatal cria um risco de abuso. Deste modo, basta se identificar os efeitos anticoncorrenciais suscetível de resultar da medida estatal em causa.

Recorda-se que, como visto no *capítulo 2*, a aplicação do artigo 106.º, n.º 1, exige a existência de uma medida contrária às disposições dos Tratados, resultante do exercício do poder de autoridade pública, incluindo todos os níveis, independentemente, da forma ou da natureza jurídica do ato estatal.

Assim sendo, é imperioso identificar algum tipo de ação positiva por parte do Estado-Membro para a aplicação deste dispositivo, contudo, não se pressupõe a identificação de um abuso específico. Basta, para justificar a aplicação do artigo 106.º, n.º 1, do TFUE, que a medida estatal conduza a utilização abusiva do mercado, gerando desigualdade de oportunidades entre os operadores económicos e falsear a concorrência no mercado interno.

Segundo MOURA E SILVA,²⁵⁵ é a mera criação de uma situação de desigualdade concorrencial, com o risco de abuso pela empresa titular de direitos especiais ou exclusivos, que faz operar a proibição da medida em causa pela aplicação conjugada dos artigos 102.º e n.º 1 do artigo 106.º do TFUE. Conclui que esta interpretação decorre do princípio da neutralidade concorrencial e, por consequência, a proibição dos Estados-Membros criarem condições desequilibradas de concorrência a favor de empresas privilegiadas.

Nas palavras de BUENDIA SIERRA,²⁵⁶ “*there is no obligation to establish first that an actual abuse has been committed. What is required is establishment of the fact that the State measure is such that it could lead an undertaking abuse. Of course, being able to prove that actual abuse has been committed will help to establish that a measure leads an undertaking to abuse, but it is not an absolute requirement*”.

Entendemos, assim, que a *teoria da extensão da posição dominante*, na aceção da aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1 do TFUE, poderá ser empregada quando: *i*) uma empresa em posição dominante; *ii*) estiver integrada verticalmente; *iii*) e por meio de uma

²⁵⁵ MOURA E SILVA, Miguel. *op. cit.*, 2018. p. 217.

²⁵⁶ BUENDIA SIERRA, Jose Luis. *Article 106 - Exclusive Rights and other anti-competitive State measures*. In: FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali, eds. *The EU Law of Competition*. 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 810.

medida estatal que concede direito privilegiados (em particular, a concessão de um direito exclusivo); *iv*) é levada, pelo exercício do direito que lhe fora atribuído, a estender a sua posição dominante a um mercado conexo; *v*) criando uma situação de desigualdade de oportunidades entre os operadores económicos e falseando a concorrência efetiva no mercado, *e.g.*, excluindo ou dificultando novas entradas no mercado.

Verificadas estas condições, teremos um abuso de posição dominante pelo efeito anticoncorrencial potencial ou real, resultante de uma medida estatal que concede direitos privilegiados. Decorre da teoria dos “efeitos” da medida estatal que uma situação pode ser considerada abusiva em razão da estrutura do mercado imposta por uma medida estatal, ocorrendo assim uma violação das disposições conjugada pelo risco de abuso de posição dominante.

Logo não será necessário provar um comportamento abusivo concreto, como ocorre na aplicação do artigo 102.º do TFUE, não obstante se possa identificar as condutas abusivas, com o objetivo de reconhecer os efeitos anticoncorrenciais suscetíveis de resultar da medida estatal. Fica igualmente afastada a obrigação de se demonstrar o impacto da violação nos interesses dos consumidores²⁵⁷, basta que o efeito anticoncorrencial da medida estatal vise lesar uma estrutura de concorrência efetiva.

Por fim, rememora-se que a possibilidade de derrogação desta aplicação, nos casos de empresas encarregadas da gestão de SIEG ou que tenham natureza de monopólio fiscal, nos termos do n.º 2 do artigo 106.º do TFUE. Como visto no *capítulo 2*, para a aplicação da exceção não basta que a empresa tenha sido encarregue pelos poderes públicos da gestão de um SIEG, o Estado-Membro tem o ónus de demonstrar que a aplicação das normas do Tratado põe em causa o cumprimento da missão específica confiada a essa empresa e o interesse da Comunidade não seja afetado.

7.3 Efeito anticoncorrencial e conduta abusiva

Diante do exposto, pode-se afirmar que subsiste uma diferença, como demonstraremos de modo exemplificativo a seguir, entre: *i*) a obrigação de identificar e de provar um comportamento abusivo concreto autónomo, na aceção apenas do artigo 102.º do TFUE; e *ii*) a

²⁵⁷ Neste sentido temos o Acórdão *Connect Austria*, op. cit., cons. 81; e o Acórdão *Continental Can*, op. cit., cons. 26.

obrigação de identificar um efeito anticoncorrencial potencial ou real, suscetível de resultar de uma medida estatal que concede direitos privilegiados, submissível à aplicação conjugada.

De acordo com as Conclusões do Advogado-Geral WATHELET²⁵⁸, no caso *Comissão/DEI*, resulta da jurisprudência, uma diferença substancial entre, por um lado, a obrigação de identificar e de provar um comportamento abusivo concreto na aceção apenas do artigo [102.º do TFUE] e, por outro, a obrigação com vista à aplicação conjugada dos artigos [102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE], de identificar uma consequência anticoncorrencial potencial ou real, suscetível de resultar de uma medida estatal que concede direitos privilegiados.

O Advogado-Geral ²⁵⁹ epiloga que a distinção preserva o efeito útil de uma aplicação conjugada dos artigos [102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE]. Com efeito, se fosse exigida a prova de um comportamento abusivo concreto na aceção apenas do artigo [102.º do TFUE] no caso de uma extensão de posição dominante tornada possível por uma medida estatal, não saberíamos muito bem que âmbito de aplicação poderia subsistir para a conjugação dos artigos [102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE].

JONES e SUFRIN²⁶⁰, destacam a importância do acórdão *Comissão/DEI* ao estabelecer que: haverá uma infração nos termos do artigo 106.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 102.º do TFUE, quando a desigualdade de oportunidades ou a concorrência falseada forem resultantes de medidas estatais, ainda que sem qualquer abuso provado ou existente. As autoras sumarizam que: “*an infringement can therefore be established where the measures effect the structure of the market by allowing the undertaking concerned to maintain, strengthen, or extend its dominant position over another market, without any objective justification, it is prohibited ‘as such’.*”

Considerando as conclusões retiradas até o momento, iremos promover uma análise comparativa das consequências da atuação de uma empresa em posição dominante que recusa injustificadamente o fornecimento a potencial concorrente, em contraponto com os efeitos da existência de uma empresa detentora de direitos exclusivos no mercado a montante.

Cumpra, assim, identificar os efeitos das práticas autónomas de exclusão por parte de empresas em posição dominante, em confronto com o efeito anticoncorrencial resultante de

²⁵⁸ Conclusões do Advogado-Geral Melchior Wathelet de 05.12.2013, *Comissão/DEI*, Proc. C-553/12P, cons. 58.

²⁵⁹ *Ibidem.*, cons. 59.

²⁶⁰ JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 619.

uma medida estatal que concede direitos privilegiados, submissível à aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE.

No primeiro caso, temos a recusa de fornecimento de recurso essencial, abordado no *ponto 5.2.2* do presente estudo. Identificamos que estas situações exigem uma ponderação entre a liberdade de contratar da empresa, com uma obrigação de fornecer o recuso sob o fundamento, via de regra, da alínea *b)* do artigo 102.º do TFUE, de modo a evitar possíveis efeitos negativos, como, por exemplo, o desincentivo a inovação e o investimento no mercado e o aparecimento de comportamentos oportunistas (*free riding*).

Apontamos os cinco pressupostos de modo a identificar como abusivo este tipo de comportamento: *i)* a empresa deve ocupar uma posição dominante num mercado relevante; *ii)* a empresa dominante deve estar integrada verticalmente e encontrar-se em concorrência num mercado conexo; *iii)* a matéria-prima ou o serviço seja, em si mesmo, indispensável para o exercício da atividade da empresa concorrente, no sentido de que não exista qualquer substituto real ou potencial; *iv)* a prática abusiva deve ser resultado de uma recusa injustificada; *v)* a recusa visa gerar um efeito negativo sobre a concorrência, seja um prejuízo para o consumidor ou a exclusão de um concorrente.

Vimos que é admissível, nestes casos, a possibilidade de defesa por parte da empresa dominante, baseada em justificações objetivas ou em argumentos de eficiência, quando: a recusa de fornecimento é necessária para obter um retorno adequado do investimento que é essencial para desenvolver a atividade de fornecimento dos meios de produção, gerando, assim, incentivos para continuar a investir no futuro, levando também em consideração o risco de projetos falhados; ou a sua própria capacidade de inovação será comprometida pela obrigação de fornecimento ou pelas alterações estruturais nas condições de mercado que poderão surgir como consequência desta obrigação, incluindo o prosseguimento da inovação no futuro por parte dos concorrentes.

Quanto ao segundo exemplo, vimos que o TJ, no acórdão *Comissão/DEI*, consolidou a teoria da extensão da posição dominante, quando uma medida estatal promove desigualdades de oportunidades entre diferentes operadores económicos e, por consequência, a eliminação da concorrência efetiva num mercado conexo.

Entendemos, assim, que a teoria da extensão da posição dominante, na aceção da aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1 do TFUE, poderá ser empregada quando: *i)*

uma empresa em posição dominante; *ii*) estiver integrada verticalmente; *iii*) e por meio de uma medida estatal que concede direito privilegiados (em particular, a concessão de um direito exclusivo); *iv*) é levada, pelo exercício do direito que lhe fora atribuído, a estender a sua posição dominante a um mercado conexo; *v*) criando uma situação de desigualdade de oportunidades entre os operadores económicos e falseando a concorrência efetiva no mercado, *e.g.*, excluindo ou dificultando novas entradas no mercado.

Verificadas estas condições, não será necessário provar um comportamento abusivo concreto, como ocorre na aplicação do artigo 102.º do TFUE. Fica igualmente afastada a obrigação de se demonstrar o impacto da violação nos interesses dos consumidores, basta que o efeito anticoncorrencial da medida estatal vise lesar uma estrutura de concorrência efetiva.

Ademais, recaí sobre os Estados-Membros, nos casos de empresas encarregadas da gestão de SIEG ou monopólios fiscais, o ónus de demonstrar que a aplicação das normas do Tratado põe em causa o cumprimento da missão específica confiada a essa empresa e o interesse da Comunidade não seja afetado, para efeitos da derrogação prevista no n.º 2 do artigo 106.º.

Vejamos então as diferenças entre os dois tipos de situações.

No primeiro grupo (recusa de fornecimento de recuso essencial), para que a conduta seja tida como proibida é necessário indicar e provar que o fornecimento do recuso era indispensável e necessário para o exercício da atividade da empresa potencialmente concorrente, bem como que a recusa abusiva foi injustificada. Admite-se, nestes casos, a apresentação de justificações objetivas e ponderação quanto aos possíveis efeitos negativos sobre os incentivos do proprietário do produto e/ou de outros operadores para investirem e inovarem a montante.

Quanto às segundas situações, estas decorrem de uma interpretação sistémica dos Tratados, ou seja, a garantia ao *princípio da concorrência não falseada no mercado interno* (artigos 3.º, n.º 3.º do TUE; artigo 3.º, n.º 1, alínea *b*) do TFUE e o Protocolo Anexo n.º 27), o dever de *cooperação leal dos Estados* (artigo 4.º, n.º 3, do TFUE), o *princípio da neutralidade concorrencial* (artigo 345.º TFUE), que resultam em obrigações aos Estados-Membros de salvaguardar o efeito útil das normas de concorrência, inclusive o artigo 102.º do TFUE e a sua aplicação conjugada com o n.º 1 do artigo 106.º do TFUE.

Portanto, quando uma a medida estatal provoca, nos casos em que a empresa em posição dominante é verticalmente integrada, a extensão da mesma posição de um mercado para outro,

gerando desigualdades de oportunidades, esta medida estrutural tem efeitos semelhantes aos produzidos por um abuso dessa posição. Haverá, deste modo, uma infração ao artigo 106.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 102.º do TFUE.

Assim sendo, em respeito ao efeito útil desta aplicação conjugada, a maior diferença entre a aplicação autónoma do artigo 102.º e a sua aplicação conjugada com o artigo 106.º, n.º 1, encontrar-se na prova do abuso, pois no segundo grupo basta indicar que o efeito anticoncorrencial da medida estatal visa lesar uma estrutura de concorrência efetiva para se justificar a sua aplicação. Assim sendo, não será necessário provar a conduta abusiva da empresa dominante, nem caberá nestes casos justificações objetivas, pois pelas características estruturais estas são impossíveis. Os Estados poderão, contudo, alegar a derrogação desta aplicação nos termos do n.º 2, do artigo 106, do TFUE.

CONCLUSÕES

O presente trabalho tinha por escopo geral analisar a aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, ambos do TFUE, em especial, a incumbência dos Estados-Membros de não tomarem ou manterem em vigor medidas, mesmo de natureza legislativa ou regulamentar, suscetíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência, nomeadamente, a proibição do abuso de posição dominante.

No âmbito do estudo foram traçados dois objetivos específicos, quais sejam: *i*) estabelecer os pressupostos da aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE, nos casos de extensão da posição dominante por medida estatal; e *ii*) definir as diferenças da abordagem dos abusos de exclusão, em especial, a recusa de fornecimento, por parte de empresas em posição dominante (aplicação autónoma do artigo 102.º) para a interpretação do efeito anticoncorrencial das medidas estatais em empresas públicas e empresas detentoras de direitos exclusivos ou especiais em mercados conexos (aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1).

Antes disto, revisitemos os desenvolvimentos realizados ao longo do estudo.

O direito da concorrência no âmbito da União Europeia tem especial relevância, tendo em conta o seu papel na construção de um mercado interno, eliminando as barreiras comerciais e garantido as liberdades económicas fundamentais (liberdade de estabelecimento e a livre circulação das mercadorias, dos serviços, das pessoas e dos capitais). Os preceitos primários do direito da concorrência na União Europeia estão seccionados, fundamentalmente, em “regras aplicáveis às empresas”, com os artigos 101.º a 106.º do TFUE, e “os auxílios concedidos pelos Estados”, nos artigos 107.º a 109.º do TFUE.

Em suma, as regras comunitárias da concorrência articulam-se em torno de cinco eixos principais: *i*) proibição de acordos e práticas comerciais anticoncorrenciais; *ii*) proibição de abusos de posição dominante suscetíveis de dificultar a concorrência no mercado comum (artigo 102.º do TFUE); *iii*) controlo preventivo das operações de concentração; *iv*) a aplicação das normas de concorrência, via de regra, às empresas públicas, às empresas detentoras de direitos especiais ou exclusivos e às empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral (artigo 106.º do TFUE); e *v*) controlo dos auxílios concedidos pelos Estados.

O artigo 106.º, em seu n.º 1, estabelece a regra geral de aplicação das regras de direito da concorrência às empresas públicas e às empresas detentoras de direitos especiais ou exclusivos

concedidos pelo Estado. Por sua vez, o n.º 2, institui uma derrogação à aplicação desta norma, quando esta põe em causa o cumprimento da missão específica confiada às empresas encarregadas da gestão de SIEG ou aos monopólios fiscais. Por fim, resta determinado, no n.º 3, a competência da Comissão em velar pela aplicação do artigo e, quando necessário, dirigir aos Estados-Membros diretivas ou decisões.

A razão de ser do n.º 1 do artigo 106.º do TFUE, reside no receio de que, no caso das empresas mencionadas no dispositivo, possa ser mais fácil para os Estados-Membros, devido às suas relações especiais com tais empresas, cometerem infrações.

Embora, o artigo 106.º do TFUE localize-se numa secção intitulada por “*regras aplicáveis às empresas*”, decorre da redação do seu n.º 1, que o dispositivo se dirige, essencialmente, aos Estados-Membros e, indiretamente, as empresas em causa. Isso justifica-se pelo estabelecimento da regra geral de aplicação das normas e princípios de concorrência de forma semelhante às empresas privadas e públicas.

Quanto aos conceitos-chaves do n.º 1, do artigo 106.º, do TFUE, constatou-se que a jurisprudência do TJ tende a afastar expressões formais que possam ter aplicações restritivas, numa clara consagração do critério funcional, como sucede em outras noções de direito da concorrência a nível europeu, e.g. o conceito de empresa.

Assim, pode-se definir como empresa pública, qualquer empresa em que os poderes públicos possam exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante em consequência da propriedade, da participação financeira ou das regras que a disciplinem.

Quanto aos direitos exclusivos e especiais, estes devem ser entendidos como aqueles concedidos, sem ter em consideração critérios objetivos, proporcionais e não discriminatórios, por um Estado-Membro a uma empresa (direitos exclusivos) ou a um número limitado de empresas (direitos especiais), que tenha por efeito reservar o exercício de uma atividade num determinado território.

As medidas estatais são aquelas que resultam do exercício do poder de autoridade pública – inclui todos os níveis de autoridades – não obstante a forma ou a natureza jurídica do ato. As medidas abusivas podem ter os mais diversos efeitos, como por exemplo, a fixação de tarifas, discriminação em matéria de preços, limitação da atividade dos concorrentes, a criação de

desigualdades de oportunidades entre operadores económicos ou criação de barreiras de acesso ao mercado.

Como visto, o processo de integração comunitária contribuiu para o estabelecimento de um novo paradigma de intervenção pública na economia. Pode-se apontar o mecanismo de liberalização dos monopólios nacionais como particularmente relevante para o cumprimento dos objetivos da União, e, por conseguinte, a construção do mercado comum.

O processo de liberalização tem por escopo geral alterar a forma de intervenção estatal na economia e, por conseguinte, abrir setores, tradicionalmente submetidos a égide estatal, à concorrência. Destacamos os esforços das instituições europeia, em especial, aqueles do final do século passado, em setores económicos como transportes aéreos, telecomunicações, serviços postais e setores da energia (eletricidade, gás e petróleo).

Neste sentido temos o artigo 106.º do TFUE como instrumento estratégico, ao conceder a Comissão poderes de atuação direta, para acelerar a liberalização de mercados e criação de verdadeiros mercados internos, quando os Estados insistirem em proteger os operadores históricos ou os “campeões nacionais”.

Por força desta norma, resta estabelecido que os Estados devem assumir uma responsabilidade particular em assegurar que sua a intervenção, junto das empresas que detém influência, não tenha como objetivo ou como resultado restringir ou falsear a concorrência ou introduzir distorções nas relações destas empresas com as empresas privadas. Institui-se, assim, obrigações aos Estados-Membros de salvaguardar o efeito útil das normas de concorrência, em especial, as dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

No que diz respeito ao artigo 102.º do TFUE, esse visa, por intermédio de um sistema de controlo do comportamento das empresas em posição dominante no mercado, prevenir os abusos de exclusão e exploração, no sentido de defender a concorrência efetiva no mercado e gerar benefícios aos consumidores.

Segundo o exposto, a empresa dominante tem o poder de adotar medidas independentes das condições do mercado, bem como de impedir a manutenção de uma concorrência efetiva. Embora a detenção desta posição por uma empresa não seja, por si só, proibida pelos Tratados, a atuação unilateral da empresa em posição dominante deve ser revestida de uma responsabilidade especial em não prejudicar, através do seu comportamento, uma concorrência efetiva e não falseada no mercado interno ou nacional.

De acordo com a jurisprudência assente do TJ, a noção de exploração abusiva é uma noção objetiva, que abrange os comportamentos de uma empresa em posição dominante suscetíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm como consequência impedir, através de meios diferentes daqueles que regem uma competição normal de produtos ou serviços com base em prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta concorrência.

Dentre as práticas abusivas de exclusão, escolhemos abordar a recusa de fornecimento de bens e serviços essenciais, nos termos do artigo 102.º, alínea *b*), do TFUE. Apontamos a existência de cinco pressupostos de modo a identificar como abusivo o comportamento: *i*) a empresa deve ocupar uma posição dominante num mercado relevante; *ii*) a empresa dominante deve estar integrada verticalmente e encontrar-se em concorrência num mercado conexo; *iii*) a matéria-prima ou o serviço seja, em si mesmo, indispensável para o exercício da atividade da empresa concorrente, no sentido de que não exista qualquer substituto real ou potencial; *iv*) a prática abusiva deve ser resultado de uma recusa injustificada; *v*) a recusa visa gerar um efeito negativo sobre a concorrência, seja um prejuízo para o consumidor ou a exclusão de um concorrente.

Como demonstrado, as recentes jurisprudências na matéria de abusos de exclusão, consagram o movimento de “revisão/modernização” do artigo 102.º do TFUE promovido pelas instituições europeias, que tem como foco a análise baseada nos efeitos das condutas e no balanço económico. Na medida em que uma empresa dominante poderá alegar uma justificação objetiva ou ganhos de eficiência, como forma de dispensa à proibição, numa clara aproximação ao artigo 101.º, n.º 3, do TFUE, o que pode ir de encontro com a razão da proibição dos comportamentos praticados por empresas em posição dominante.

Vimos que, segundo a jurisprudência do TJUE, a Comissão não pode cumprir integralmente a sua missão, se só puder punir os comportamentos anticoncorrenciais das empresas, sem poder agir diretamente, ao abrigo do artigo 106.º, n.º 3, do TFUE, contra os Estados-membros que tomam ou mantêm, em relação às empresas públicas e às empresas a que concedem direitos especiais ou exclusivos, medidas que produzem um efeito anticoncorrencial similar.

Decorre do artigo 106, n.º 3, do TFUE, amplos poderes para a Comissão adotar decisões ou diretivas, as primeiras podem ser adotadas quando identificadas infrações às obrigações dos Estados-Membro estabelecidas pelos Tratados, enquanto que as segundas podem ir mais além, legislando e prevenindo novas violações.

Constatamos fortes indicações da preferência, por parte da Comissão, em adotar decisões em vez das diretivas, ainda que a emissão do primeiro instrumento seja suscetível de ampla discricionariedade, o que pode ser facilmente influenciado por razões políticas. Este facto pode estar relacionado com a crescente preocupação com a legitimidade democrática das instituições europeias nos últimos anos e por, no caso das Diretivas, a Comissão ter o poder de adotar instrumentos de natureza legislativa sem depender do Conselho ou do Parlamento Europeu.

Diante de todo o exposto, tratamos do exemplo de caso selecionado, o processo Comissão/*DEI*, decorrente de uma decisão da Comissão de 2008, que declarou que a concessão e a manutenção de licença exclusiva de extração e de exploração de lenhite pela Grécia eram contrárias ao artigo 106.º, n.º 1, do TFUE, conjugado com o artigo 102.º do TFUE.

A decisão declarou, com fundamento nos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE, que a concessão e a manutenção dos direitos exclusivos à empresa pública eram contrárias às normas de concorrência, visto que criavam uma situação de desigualdade de oportunidades entre os operadores económicos, no que se refere ao acesso aos combustíveis primários para efeitos da produção de eletricidade, e permitiam à *DEI* manter ou reforçar a sua posição dominante no mercado grossista de eletricidade da Grécia, excluindo qualquer nova entrada no mercado ou criando entraves à mesma. Em 2014, no âmbito do recuso da Comissão neste litígio, o TJ anulou o acórdão controverso e remeteu o processo ao TG para discussão das questões não decididas. No final de 2016, o TG, em nova decisão, julgou improcedente os fundamentos remanescentes, negando provimento ao recurso da *DEI* na íntegra e, por conseguinte, tornando a decisão da Comissão definitiva e vinculativa.

Destacamos a relevância do Tribunal de Justiça, no Acórdão *Comissão/DEI*, para a sedimentação da teoria da extensão da posição dominante, em virtude de, nos casos em que uma empresa em posição dominante (que atua em dois mercados verticalmente conexos), a medida estatal (que concede ou mantém direito privilegiados) provocar a extensão da mesma posição de um mercado para outro, tendo efeitos semelhantes aos produzidos por um abuso

dessa posição. Neste sentido, basta que a Comissão identifique uma consequência anticoncorrencial, potencial ou real, suscetível de resultar da medida estatal em causa.

Por fim, de modo a cumprir os objetivos específicos, entendemos que a aplicação da teoria da extensão da posição dominante ou dos efeitos da medida estatal, nos termos dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1 do TFUE, poderá ser aplicada quando: *i)* uma empresa em posição dominante; *ii)* estiver integrada verticalmente; *iii)* e por meio de uma medida estatal que concede direito privilegiados (em particular, a concessão de um direito exclusivo); *iv)* é levada, pelo exercício do direito que lhe fora atribuído, a estender a sua posição dominante a um mercado conexo; *v)* criando uma situação de desigualdade de oportunidades entre os operadores económicos e falseando a concorrência efetiva no mercado, *e.g.*, excluindo ou dificultando novas entradas no mercado.

Nestes casos, não será necessário provar um comportamento abusivo concreto, como ocorre na aplicação do artigo 102.º do TFUE. Fica igualmente afastada a obrigação de se demonstrar o impacto da violação nos interesses dos consumidores, basta que o efeito anticoncorrencial da medida estatal vise lesar uma estrutura de concorrência efetiva. Ademais, recai aos Estados-Membros, nos casos de empresas encarregadas da gestão de SIEG ou monopólios fiscais, o ónus de demonstrar que a aplicação das normas do Tratado põe em causa o cumprimento da missão específica confiada a essa empresa e o interesse da Comunidade não seja afetado, para efeitos da derrogação prevista no n.º 2 do artigo 106.º.

Em atenção ao segundo objetivo, definimos as diferenças da abordagem dos abusos de exclusão, em especial, a recusa de fornecimento, por parte de empresas em posição dominante (aplicação autónoma do artigo 102.º do TFUE) para a interpretação do efeito anticoncorrencial das medidas estatais em empresas públicas e empresas detentoras de direito exclusivos ou especiais em mercados conexos (aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE).

Consideramos que, no primeiro grupo de situações (recusa de fornecimento de recuso essencial), para a conduta ser tida como proibida é necessário indicar e provar que o fornecimento do recuso era indispensável e necessário para o exercício da atividade da empresa, bem como que a recusa abusiva foi injustificada. Admite-se, nestes casos, a apresentação de justificações objetivas e ponderação quanto aos possíveis efeitos negativos sobre os incentivos do proprietário do produto e/ou de outros operadores para investirem e inovarem a montante.

Quanto às segundas situações, entendemos que estas decorrem de uma interpretação sistémica dos Tratados, ou seja, a garantia ao *princípio da concorrência não falseada no mercado interno* (artigos 3.º, n.º 3.º, do TUE, artigo 3.º, alínea b), do TFUE e o Protocolo Anexo n.º 27), o dever de *cooperação leal dos Estados* (artigo 4.º, n.º 3, do TFUE), o *princípio da neutralidade concorrencial* (artigo 345.º do TFUE), que resultam em obrigações aos Estados-Membros de salvaguardar o efeito útil das normas de concorrência, inclusive o artigo 102.º do TFUE e de sua aplicação conjugada com o n.º 1, do artigo 106.º do TFUE.

Portanto, quando uma medida estatal provoca, nos casos em que a empresa em posição dominante é verticalmente integrada, a extensão da mesma posição de um mercado para outro, gerando desigualdades de oportunidades, esta medida estrutural tem efeitos semelhantes aos produzidos por um abuso dessa posição. Haverá, deste modo, uma infração ao artigo 106.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 102.º do TFUE, não sendo necessário que o comportamento abusivo se produza realmente. Isto ocorre, pois, caso fosse exigida a prova de um comportamento abusivo concreto, como na aplicação autónoma do artigo 102.º do TFUE, ao caso de uma extensão de posição dominante tornada possível por uma medida estatal, poderia suceder uma imprecisão de pressupostos e âmbitos de aplicação.

Assim sendo, em respeito ao efeito útil desta aplicação conjugada, a maior diferença entre a aplicação autónoma do artigo 102.º e a sua aplicação conjugada com o artigo 106.º, n.º 1, encontrar-se na prova do abuso, pois no segundo grupo basta indicar que o efeito anticoncorrencial da medida estatal visa lesar uma estrutura de concorrência efetiva para se justificar a sua aplicação. Assim sendo, não será necessário provar a conduta abusiva da empresa dominante, nem caberá nestes casos justificações objetivas, pois pelas características estruturais estas são impossíveis. Os Estados poderão, contudo, alegar a derrogação desta aplicação nos termos do n.º 2, do artigo 106, do TFUE.

Portanto, defendemos que a distinção de aplicação preserva o efeito útil da aplicação conjugada dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE nestes casos. Por fim, entendemos que admitir uma interpretação mais restritiva, com fundamento na prova da conduta abusiva da empresa, em situações de extensão de abuso de posição dominante para mercado conexo decorrente de medida estatal, seria um contrassenso à leitura sistémica dos objetivos estabelecidos nos Tratados, nomeadamente, a construção do mercado interno e a garantia de um sistema de concorrência não falseada.

BIBLIOGRAFIA

a) Doutrina

ALMEIDA, José Rui Nunes de. *Transparência e proporcionalidade no Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*. Porto: Vida Económica, 2014. ISBN 978-972-788-976-1

ARMENGOD, Héctor; ROSENBLATT, Howard; SCORDAMAGLIA-TOUSIS, Andreas. *Post Danmark: predatory pricing in the European Union*. The European Antitrust Review 2013, p. 21-25.

AZEVEDO, Maria Eduarda. *Temas de Direito da Economia*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7381-1

BUENDIA SIERRA, Jose Luis. *Article 106 - Exclusive Rights and other anti-competitive State measures*. In: FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali, eds. *The EU Law of Competition*. 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2014.

BUENDIA SIERRA, Jose Luis. *Exclusive or Special Rights under Article 106 TFEU: An Overview of EU and National Case Law*. e-Competitions, n.º 44436, mar. 2012.

BUENDIA SIERRA, Jose Luis. *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*. Oxford: Oxford University Press, 2000. ISBN 978-0-19-829820-5

CADETE, Eduardo Maia. *Concorrência e serviços de interesse económico geral*. Cascais: Principia, 2005.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luís Mota de; PEREIRA, António Pinto. *Manual de direito europeu: o sistema institucional, a ordem jurídica, o ordenamento económico da união europeia*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *As novíssimas empresas públicas (segundo o DL 133/2013)*. Boletim de Ciências Económicas, vol. 57, n.º 1, 2014, p. 45-67.

DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia: estatística e dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária, vol. I*. Coimbra: Almedina 2011.

FERRO, Miguel Sousa. *A definição de mercados relevantes no direito europeu e português da concorrência: teoria e prática*. Coimbra: Almedina, 2015.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamento do Antitruste*. 8.ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FREIRE, Paula Vaz. *A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. 49, n.ºs 1 e 2. Lisboa: Coimbra Editora, 2007. p. 117-139

FREIRE, Paula Vaz. *Mercado Interno e União Económica e Monetária: lições de direito económico da união europeia*. Lisboa: AAFDL, 2013.

FRIEDERISZICK, Hans Wolfgang; GRATZ, Linda. *Dominant and Efficient – On the Relevance of Efficiencies in Abuse of Dominance Cases*. ESMT White Paper, n. WP-12-01, dez. 2012.

FROUFE, Pedro Madeira. *Constituição económica da União Europeia, antes e depois de Lisboa (entre o princípio concorrencial e a “economia social de mercado”)*. UNIO - EU Law Journal. vol. 3, n.º 1, p. 114-129, jan. 2017.

FROUFE, Pedro Madeira. Mercado interno. In. BRANDÃO, Ana Paula, et. al. *Enciclopédia da União Europeia*. Lisboa: Petrony, 2017.

GERADIN, Damien; LIANOS, Ioannis, eds. *Handbook on European Competition Law: Substantive Aspects*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. ISBN 978-1-84844-553-6

NAZZINI, Renato. Abuse of dominance: exclusionary non-pricing abuses. In. GERADIN, Damien; LIANOS, Ioannis, eds. *Handbook on European Competition Law: Substantive Aspects*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. p. 473-515.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.

GORMSEN, Liza Lovdahl; JONES, Alison. Abuse of dominance: exclusionary pricing abuses. In. GERADIN, Damien; LIANOS, Ioannis, eds. *Handbook on European Competition Law: Substantive Aspects*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. p. 423-472

GRAHAM, Cosmo. *Abuse of Dominant Position in the Context of Exclusive Rights Granted by Authorities*. Journal of European Competition Law & Practice, vol. 4, n.º 2, p. 144-145, 2013.

HOVENKAMP, Herbert. *Principles of Antitrust*. Minnesota: West Academic, 2017.

IBÁÑEZ COLOMO, Pablo; LAMADRID, Alfonso. *On the Notion of Restriction of Competition: What We Know and What We Don't Know We Know*, out. 2016. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2849831>.

IDOT, Laurence. *Abus de Position Dominante et Entreprise Publique*. Europe, n.º 10 , p. 40, out. 2014.

JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2016. ISBN 978-0-19-8872342-4

JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo. *Abusos de Posição Dominante*. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4944-1

KORAH, Valentine. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*. 9ª ed. Oxford: Hart Publishing, 2007. ISBN 978-1-84113-754-4

LUNDQVIST, Björn; ØLYKKE, Grith Skovgaard. *Post Danmark, Now Concluded by the Danish Supreme Court: Clarification of the Selective Low Pricing Abuse and Perhaps the Embryo of a New Test under article 102 TFEU?*. European Competition Law Review, v. 34, n. 9, p. 484-489, 2013.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2012.

MATEUS, Abel M. *Sobre os fundamentos do direito e economia da concorrência*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 66, v. III, dez. 2006.

MOURA E SILVA, Miguel. *Direito da Concorrência: uma Introdução Jurisprudencial*. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3404-1

MOURA E SILVA, Miguel. *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*. 2008. Tese (Doutoramento em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. ISBN 978-972-40-4091-2

MOURA E SILVA, Miguel. *A tipificação da recusa de acesso a infra-estruturas essenciais como abuso de posição dominante na Lei da Concorrência*. Revista de Concorrência e Regulação, ano 1, n.º 1. jan.-mar. 2010, p. 269- 295.

MOURA E SILVA, Miguel. *Os fundamentos do direito da concorrência na jurisprudência do Tribunal de Comércio – breves notas*. In. PALMA, Clotilde et al. eds., Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Alberto Xavier, Vol. III, Coimbra: Almedina, 2013, p. 563-580.

MOURA E SILVA, Miguel. *As Práticas Restritivas da Concorrência na Lei n.º 19/2012: Novos Desenvolvimentos*. Revista do Ministério Público, vol. 35, n.º 137, 2014.

MOURA E SILVA, Miguel. *Direito da Concorrência*. Lisboa: AAFDL, 2018. ISBN 978-972-629-185-5

PAIS ANTUNES, Luís Miguel. *A aplicação do direito comunitário às relações entre os Estados-Membros e as suas empresas públicas: o artigo 90.º do Tratado CEE*, Boletim Documentação e Direito Comparado, n.º 31/32, 1987. p. 313-340.

PAPPALARDO, Aurelio. *State measures and public undertakings: Article 90 of the EEC Treaty revisited*. European Competition Law Review, vol. 12, n. 1, p. 29-39, 1991.

PITTA E CUNHA, Paulo de. *Direito europeu: instituições e políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2006.

PORTO, Manuel Carlos Lopes. *Teoria da Integração e Políticas da União Europeia face aos desafios da globalização*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN: 978-972-40-6791-9

POSNER, Richard A. *Antitrust law*. 2ª ed. Chicago: University of Chicago Press, 2001. ISBN 0-226-67576-9

QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia: Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5071-3

RODRIGUES, Eduardo R. Lopes. *Política de Concorrência focada na competitividade e na confiança dos cidadãos – Parte I*, Revista do Ministério Público, nº 113, jan. - mar. 2008. p. 15-45.

ROTH QC, Peter; ROSE, Vivien, eds. *Bellamy & Child: European Community Law of Competition*. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. ISBN 978-0-19-958655-4

SAUTER, Wolf. *Public services in EU law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. ISBN 978-1-107-06612-0

SIBONY, Anne-Lise. *Marché pertinent : Le Tribunal de l'Union européenne rend son épilogue sur l'application conjointe des articles 106 et 102 TFUE au secteur électrique en Grèce (DEI), 15 décembre 2016*. Concurrences n.º 1, art. n.º 83322, p. 100-102, 2017.

SILVA, João Nuno Calvão da. *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*. Coimbra: Almedina, 2008.

SWANN, Dennis. *The Economics of the Common Market: Integrations in the European Union*. 8ª ed. Harmondsworth: Penguin Books, 1995. ISBN 978-0140241099

SZYSZCZAK, Erika. *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*. Oxford: Hart Publishing, 2007. ISBN 978-1-84113-497

TEMPLE LANG, John. *Monopolisation and the Definition of Abuse of a Dominant Position under Article 86 EEC Treaty*. Common Market Law Review, vol. 16, p. 345-364, 1979.

VAN MIERT, Karel. *The Liberalization of the Economy of the European Union: The Game is not (yet) Over*. In GERADIN, Damien, eds. *The Liberalization of State Monopolies in the European Union and Beyond*. The Hague: Kluwer Law International, 2000. pp. 1-12. ISBN 90-411-1264-2

WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 8ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. ISBN 978-0-19-958655-4

b) Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça de 05.02.1963, *Van Gend & Loos*, Proc. 26/62.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15.07.1964, *Costa*, Proc. 6/64.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.02.1973, *Continental Can*, Proc. 6/72.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 06.03.1974, *Commercial Solvents /Comissão*, Procs. 6/73 e 7/73.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.03.1974, *BRT/SABAM e Fonior (BRT I)*, Proc. 127/73.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 30.04.1974, *Sacchi*, Proc. 155/73.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16.12.1975, *Suiker Unie e o./Comissão*, Proc. C-40/73.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.02.1978, *United Brands e United Brands Continentaal/Comissão*, Proc. 27/76.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.02.1979, *Hoffmann-La Roche/Comissão*, Proc. 85/76.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 06.07.1982, *França, Itália e Reino Unido/Comissão*, Procs. 188 a 190/80.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 09.11.1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão*, Proc. 322/81.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 12.07.1984, *Hydrotherm/Andreoli*, Proc. 170/83.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 03.10.1985, *CBEM/CLT e IPB*, Proc. 311/84.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16.06.1987, *Comissão/Itália*, Proc. 118/85.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 04.05.1988, *Bodson/ Pompes funèbres*, Proc. 30/87.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.04.1989, *Ahmed Saeed Flugreisen e o./ Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs*, Proc. 66/86.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 11.01.1990, *Blanguernon*, Proc. C-38/89.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.03.1991, *França/Comissão*, Proc. C-202/88.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23.04.1991, *Höfner e Elser/Macroton*, Proc. C-41/90.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18.06.1991, *ERT/DEP*, Proc. C-260/89.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 03.07.1991, *AKZO Chemie/Comissão*, Proc. C-62/86.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.11.1991, *Francovich e o.*, Proc. C-6/90 e C-9/90.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10.12.1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, Proc. C-179/90.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 13.12.1991, *GB-Inno-BM*, Proc. C-18/88.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.02.1992, *Países Baixos e O./Comissão*, Proc. C-48/90 e C-66/90.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.03.1992, *Compagnie commerciale de l'Ouest c o.*, Proc. C-78/90 a C-83/90.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.11.1992, *Espanha e o./Comissão*, Proc. 13/77.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.05.1993, *Corbeau*, Proc. C-320/91.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17.05.1994, *Corsica Ferries*, Proc. C-18/93.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 05.10.1994, *Centre d'insémination de la Crespelle*, Proc. C-323/93.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15.12.1994, *Gøttrup-Klim*, Proc. C-250/92.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.11.1996, *Tetra Pak/Comissão*, Proc. C-333/94 P.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 06.04.1995, *RTE e ITP/Comissão (Magill)*, Proc. C-241 e 242/91 P.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.12.1996, *British Telecommunications*, Proc. C-302/94.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.02.1997, *Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Comissão*, Proc. C-107/95 P.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18.03.1997, *Calì & Figli/Servizi Ecologici Porto di Genova*, Proc. C-343/95.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26.11.1998, *Oscar Bronner*, Proc. C-7/97.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.09.2000, *Pavlov e o.*, Proc. C-180/98 a 184/98.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 29.03.2001, *Portugal/Comissão*, Proc. C-163/99.

Acórdão do TJ (Quinta Secção) de 05.10.2001, *Ambulanz Glöckner*, Proc. C-475/99.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 22.10.2002, *Roquette Frères*, Proc. C-94/00.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.05.2003, *Comissão/Espanha*, Proc. C-463/00.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 22.05.2003, *Connect Austria*, Proc. C-218/00.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24.07.2003, *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, Proc. C-280/00.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 22.02.2005, *Comissão/max-mobil*, Proc. C-141/02 P.

Acórdão do Tribunal Geral (Segunda Secção Alargada) de 15.06.2005, *Olsen/Comissão*, Proc. T-17/02.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 10.01.2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e o.*, Proc. C-222/04.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 30.03.2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, Proc. C-451/03.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 05.12.2006, *Cipolla e o.*, Proc. C-94/04 e C-202/04.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 15.03.2007, *British Airways/Comissão*, Proc. C-95/04 P.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 01.07.2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE)*, Proc. C-49/07.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 02.04.2009, *France Télécom/Comissão*, Proc. C-202/07 P.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17.02.2011, *TeliaSonera Sverige*, Proc. C-52/09.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 27.03.2012, *Post Danmark*, Proc. C-209/10.

Acórdão do Tribunal Geral (Sexta Secção) de 20.09.2012, *DEI/Comissão*, Proc. T-169/08.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 17.07.2014, *Comissão/DEI*, Proc. C-553/12 P.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 17.07.2014, *Comissão/DEI II*, Proc. C-554/12 P.

Acórdão do Tribunal Geral (Primeira Secção) de 15.12.2016, *DEI/Comissão*, Proc. T-169/08 RENV.

Acórdão do Tribunal Geral (Primeira Secção) de 20.09.2012, *DEI/Comissão II*, Proc. T-421/09 RENV

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 06.09.2017, *Intel/Comissão*, Proc. C-413/14 P.

c) Documentos oficiais

COMISSÃO EUROPEIA. Completing the Internal Market. White Paper from the Commission to the European Council (Milan, 28-29 June 1985), COM (85) 310 final, de 14.06.1985.

COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03)*. JO C 372, de 09.12.1997.

COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02)*. JO C 45, de 24.2.2009.

COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços de interesse económico geral (2012/C 8/02)*. JO C 8, de 11.01.2012.

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão 85/276/EEC relativa ao seguro de propriedade pública na Grécia e empréstimos concedidos por bancos estatais gregos*, de 24.04.1985.

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão 87/359/CEE relativa às reduções das tarifas dos transportes aéreo e marítimo exclusivamente reservadas aos espanhóis residentes nas ilhas Canárias e Baleares*, de 22.06.1987.

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão 90/16/CEE relativa à prestação do serviço de correio rápido nos Países Baixos*, de 20.12.1989.

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão 90/456/CEE relativa à prestação de serviços de correio rápido internacional em Espanha*, de 01.08.1990.

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão 94/119/CE relativa à recusa de acesso às instalações do porto de Rødby*, de 21.12.1993.

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão 95/364/CE relativa ao sistema de descontos sobre as taxas de aterragem aplicado no aeroporto Bruxelas-Nacional (Zaventem), de 28.06.1995.*

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão 95/489/CE relativa às condições impostas ao segundo operador de radiotelefonia GSM em Itália, de 04.10.1995.*

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão 97/606/CE relativa ao direito exclusivo de emitir publicidade televisiva na Flandres, de 26.06.1997.*

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão 97/744/CE relativa às disposições da legislação portuária italiana em matéria de trabalho, de 21.10.1997.*

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão 97/745/CE relativa à tarifa de pilotagem no porto de Génova, de 21.10.1997.*

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão 97/181/CE relativa às condições impostas ao segundo operador de serviços de radiotelefonia GSM em Espanha, de 18.12.1996.*

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão 1999/199/EC: Aeroportos portugueses (C (1999) 243), de 10.02.1999.*

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão 2000/521/EC: Aeroportos espanhóis (C (2000) 2267), de 26.07.2000.*

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão 2001/176/EC, relativa à prestação em Itália de novos serviços postais que garantem a entrega em data ou hora certas (C (2000) 4067), de 21.12.2000.*

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão 2002/344/CE, relativa à inexistência de um controlo exaustivo e independente das condições tarifárias e técnicas aplicadas pela La Poste às empresas de encaminhamento no que se refere ao acesso aos seus serviços reservados (C (2001) 3186), de 23.10.2001.*

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão sobre a legislação postal alemã relativa aos serviços de preparação de correio, nomeadamente, ao acesso de intermediários e consolidadores à rede postal pública e tarifas especiais relacionadas, de 20.10.2004.*

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão relativa à concessão ou à manutenção, pela República Helénica, dos direitos a favor da Public Power Corporation SA para a extracção de linhite (C (2008) 824 final), de 05.03.2008.*

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão relativa à legislação postal eslovaca em matéria de serviços de correio híbrido (C (2008) 5912), de 07.10.2009.*

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão que institui medidas específicas para obviar aos efeitos anticoncorrenciais decorrentes da infração identificados na Decisão da Comissão, de 5 de março de 2008, relativa à concessão ou à manutenção pela República Helénica de direitos a favor da Public Power Corporation S.A. para extração de lignite (C (2009) 6244 final), de 04.08.2009.*

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão 2012/21/EU relativa à aplicação do artigo 106.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios estatais sob a forma de*

compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral C(2011) 9380, de 20.12.2011.

COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão que institui medidas específicas para corrigir os efeitos anticoncorrenciais da infração identificada na Decisão da Comissão, de 5 de março de 2008, relativa à concessão ou à manutenção pela República Helénica de direitos a favor da Public Power Corporation S.A. para extração de lignite (C(2018) 2104 final), de 17.04.2018.*

COMISSÃO EUROPEIA. Relatório sobre a Integração no Mercado Único e a Competitividade na UE e nos seus Estados-Membros, SWD (2015) 203 final, de 28.10.2015.

MONTI, Mario. *Uma Nova Estratégia para o Mercado Único: ao Serviço da Economia e da Sociedade Europeias. Relatório apresentado ao Presidente da Comissão Europeia.* Maio, 2010.

d) Legislação

COMISSÃO EUROPEIA. *Diretiva 80/723/CEE da Comissão, de 25 de junho de 1980, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas.* JO L 195, de 29.7.1980.

COMISSÃO EUROPEIA. *Diretiva 85/413/CEE da Comissão, de 24 de julho de 1985, que altera a Diretiva 80/723/CEE relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-membros e as empresas públicas.* JO L 229, de 28.08.1985.

COMISSÃO EUROPEIA. *Diretiva 88/301/CEE da Comissão, de 16 de maio de 1988, relativa à concorrência nos mercados de terminais de telecomunicações.* JO L 131, de 27.05.1988.

COMISSÃO EUROPEIA. *Diretiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações.* JO L 192, de 24.07.1990.

COMISSÃO EUROPEIA. *Diretiva 93/84/CEE da Comissão, de 30 de setembro de 1993, que altera a Diretiva 80/723/CEE relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-membros e as empresas públicas.* JO L 254, de 12.10.1993.

COMISSÃO EUROPEIA. *Diretiva 94/46/CE da Comissão de 13 de outubro de 1994 que altera as Diretivas 88/301/CEE e 90/388/CEE em especial no que diz respeito às comunicações por satélite.* JO L 268, de 19.10.1994.

COMISSÃO EUROPEIA. *Diretiva 95/51/CE da Comissão, de 18 de outubro de 1995, que altera a Diretiva 90/388/CEE, relativa à supressão das restrições à utilização de redes de televisão por cabo para o fornecimento de serviços de telecomunicações já liberalizados.* JO L 256, de 26.10.1995.

COMISSÃO EUROPEIA. *Diretiva 96/2/CE da Comissão, de 16 de janeiro de 1996, que altera a Diretiva 90/388/CEE no que respeita às comunicações móveis e pessoais.* JO L 20, de 26.01.1996.

COMISSÃO EUROPEIA. Diretiva 96/19/CE da Comissão, de 13 de março de 1996, que altera a Diretiva 90/388/CEE no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações. JO L 74, de 22.03.1996.

COMISSÃO EUROPEIA. Diretiva 1999/64/CE da Comissão de 23 de junho de 1999 que altera a Diretiva 90/388/CEE no sentido de assegurar que as redes de telecomunicações e as redes de televisão por cabo propriedade de um único operador constituem entidades juridicamente distintas. JO L 175, de 10.07.1999.

COMISSÃO EUROPEIA. Diretiva 2000/52/CE da Comissão, de 26 de julho de 2000, que altera a Diretiva 80/723/CEE relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas. JO L 193, de 29.07.2000.

COMISSÃO EUROPEIA. Diretiva 2002/77/CE da Comissão, de 16 de setembro de 2002, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações eletrônicas. JO L 249, de 17.09.2002.

COMISSÃO EUROPEIA. Diretiva 2005/81/CE da Comissão, de 28 de novembro de 2005, que altera a Diretiva 80/723/CEE relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas. JO L 312, de 29.11.2005.

COMISSÃO EUROPEIA. Diretiva 2006/111/CE da Comissão, de 16 de novembro 2006, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas (Versão codificada). JO L 318, de 17.11.2006.

COMISSÃO EUROPEIA. Diretiva 2008/63/CE da Comissão, de 20 de junho de 2008, relativa à concorrência nos mercados de equipamentos terminais de telecomunicações (Versão codificada). JO L 162, de 21.06.2008.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais. JO L 94, de 28.3.2014.